

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT

Thurgood Marshall U.S. Courthouse 40 Foley Square, New York, NY 10007 Telephone: 212-857-8500

MOTION INFORMATION STATEMENT

Docket Number(s): No. 26-341

Caption [use short title]

Motion for: Leave to File Brief as Amicus Curiae by
the Government of SwitzerlandKashef v. BNP Paribas

Set forth below precise, complete statement of relief sought:

The Government of Switzerland respectfully requests
leave to file an amicus curiae brief in support
of reversal of the judgment belowMOVING PARTY: Amicus Curiae Government of SwitzerlandOPPOSING PARTY: Kashef, et al.☐ Plaintiff☐ Defendant☐ Appellant/Petitioner☐ Appellee/RespondentMOVING ATTORNEY: Marc J. GottridgeOPPOSING ATTORNEY: Kathryn (Lee) Boyd

[name of attorney, with firm, address, phone number and e-mail]

Herbert Smith Freehills Kramer (US) LLPHecht Partners LLP1177 Avenue of the Americas, New York, NY 10036125 Park Avenue, 25th Floor, New York, NY 10017917-542-7807; marc.gottridge@hsfkramer.com212-851-6821; lboyd@hechtpartners.comCourt- Judge/ Agency appealed from: Southern District of New York (Hellerstein, J.)

Please check appropriate boxes:

Has movant notified opposing counsel (required by Local Rule 27.1):

☒ Yes☐ No (explain):FOR EMERGENCY MOTIONS, MOTIONS FOR STAYS AND
INJUNCTIONS PENDING APPEAL:

Has this request for relief been made below?

☐ Yes☐ No

Has this relief been previously sought in this court?

☐ Yes☐ No

Requested return date and explanation of emergency:

Opposing counsel's position on motion:

☒ Unopposed☐ Opposed☐ Don't Know

Does opposing counsel intend to file a response:

☐ Yes☐ No☒ Don't Know

Is the oral argument on motion requested?

☐ Yes☒ No (requests for oral argument will not necessarily be granted)

Has the appeal argument date been set?

☐ Yes☒ No If yes, enter date:

Signature of Moving Attorney:

Marc.Gottridge

Digitally signed by Marc.Gottridge
Date: 2026.05.29 08:32:01 -04'00'Date: May 29, 2026

Service :

☒ Electronic☐ Other [Attach proof of service]

26-341

**United States Court of Appeals
for the Second Circuit**

ENTESAR OSMAN KASHEF, TURJUMAN RAMADAN ADAM, AND
ABULGASIM SULEMAN ABDALLA,

Plaintiffs-Appellees,

v.

BNP PARIBAS,

Defendant-Appellant,

[Caption Continued on Inside Cover]

On Appeal from the U.S. District Court for the Southern District of New York
No. 16-cv-3228, Judge Alvin K. Hellerstein

**MOTION OF *AMICUS CURIAE*
GOVERNMENT OF SWITZERLAND
FOR LEAVE TO FILE BRIEF
IN SUPPORT OF REVERSAL**

MARC J. GOTTRIDGE
HERBERT SMITH FREEHILLS
KRAMER (US) LLP
*Attorney for Amicus Curiae
Government of Switzerland*
1177 Avenue of the Americas
New York, New York 10036
(212) 715-9100
marc.gottridge@hsfkramer.com

ALFADEL MOSABAL, ABUBAKAR ABAKAR, SIAMA ABDELNABI HAMAD, ABBO
 AHMED ABAKAR, HAWA MOHAMED OMAR, FATIMA ABDALLA ABDELRAHMAN,
 NYANRIAK TINGLOTH, REVEREND ANDERIA LUAL, NICOLAS HAKIM LUKUDU,
 JOHNMARK MAJUC, JOSEPH JOK, HALIMA SAMUEL KHALIFA, AMBROSE MARTIN
 ULAU, SANDI (SUNDAY) GEORGARI MARJAN, SHAFIKA G. HASSAN, JANE ROE,
 CLARA E. TABOR, SARA NOURELDIRZ ABDALLA, AMIR AHMED, ISAAC ALI, KUOL
 SHBUR, JUDY ROE, ESAMELDIN N. ABDELAZIZ, HAMDAN JUMA ABAKAR, ROSA BOL
 RING, ADIEL ABAKER ABDALLA, ARBAB KHAMIS KHATER, ISMAIL IDRIS ADAM,
 FATMA OMAR AHMED, HAWA ISMAIL, ADAM ABAKAR HISSEIN, ACHAN ACHOR
 DUMO, MONG PETER LAM, JACOB LOK GATKOUTH, MAHDI ALTIGANI ALNOUR,
 HAYDAR AHMED ABDALLA, MAHMOUD MOHAMED IBRAHIM, RABAB AHMED EL
 SAYED ADAM, HANADI ABAKER MOHAMED, AHMED JUMA AHMED, ATONG D
 DENG, ABDALLA MOHAMED IDRIS, MOHAMED OMER SALIH HASABO, OMAR
 BAHER SIBOURU, ADAM ABDELRAHMAN ISMAIL, ABDULMAJID A GAMAR, MUTAZ
 MOHAMED MAKI KOMI, GAFFAR HAMID ALI NOURELDEIN, NOHA GAFFER HAMID
 ALI, FATHIA YAGOURB ELNOUR BAKHAT, SADAM Y MOHAMED, KHALID SAYFELDIN
 KRAMELDIN, SALAH IBRAHIM AHMED, SOMIA ALI ALI, ABDELRAHMAN HASSAN
 AHMED, MOHAMED ADAM OSMAN MOHAMED, ELHADI HAROUN ADAM, YAHYA
 MUSA ABDALLA, ABDALRAHMAN OSMAN FADOUL, ABDELKARIM MOUSA OMAR,
 KUIER AGUER ATEMDENG, SAID ABOBAKAR AHMED ABDALA, ABDELRAZIQ MUSA
 HUSSEIN, MUSTAFA ALNOR, MOHAMED I ABOH, ALI OMER AMIR TAGAL, IBRAHIM
 FADL JUMAA, ABBAS KHAMIS HAROON, ZEINAB ABBU, YOUNES OMAR ADAM,
 IBRAHIM FADEL HUSSEIN, KALTHOUM ARBAB MUSA, MUSA S ADAM, ABDULATIF
 ISAAK, MARYAM BABO, BABIKER ABDALLA ISAAC, IBRAHIM ALNOR JUMA, ABOUD
 ISSA SALEH, OMER AMIR BAKHIT, NORELDIN ADAM OSMAN, EISA MOHAMED,
 IDRIS ADAM MOHAMED DAWOUD, ABDELAZIM ADAM AHMED ABDELMOULA,
 RAMADAN YAHAI HAROUN, ABDUSHAFIE ABUBAKER AHMED, NAWAL ABAKR,
 MUSA MOHAMED AHMED, MUSTAFA ISAAC MOHAMMED, HAROUN MOHAMED
 IDRIS, ABDALLA OMER AMIR, HALEEMA HARSWON ABDALLA, ABDELGADIR
 MOHAMED ABBAKER, MUSA BABIKER ALI HUSSEIN, ABDELKARIM MOHAMED
 TOGOL B BAKHIT, MOHAMED ABDALLA MOHAMUD, HASEN A MOHAMED ISMAEL
 ISMAEL, YAKOUB A YAKOUB, SALEH MOHAMED AHMED, YAGOURB OMER
 ELSHEIKH, SHADIA MOKHTAR HAMAD ABDELRHAMAN, ISMAIL ABBAS, MARIA
 ADAM SALIH, JAMES THON ALEER, MALUAL MANYOK DENG DUOT, AMIR
 SULEIMAN SHAWKAR, YOR CHOL YOR, MORWEL MATHIANG DENG, THON MAJAK
 DENG, ISHAG OTHMAN ADAM AHMED, SULEIMAN MOHAMED SALEH, JOSEPH AJEO
 MOILINGA, KRISTENA PETER RUFUEL, ELAF RUFUEL, NOURELDIN MAHDI ABDALLA
 ELTOM, ARBAB ABDALLAH ADAM, MOUSTAPHA IBRAHIM MAHAMAT, SAMIA
 ARBAB ABDURHAMAN, HAMRA IBRAHIM FADOUL, DJOUMA ARBAB ADAM, MATAR
 MAKINE ABAKAR, YAKUB HAROUN ABDULMOLA, HALEIMA NASRALDEN
 ABDELMAWLA SHERF, YAHYA KHAMIS, ANWAR HAMED ELNOUR, HASSAN HADO
 IBRAHIM HASSAN, YOUNESS HASSAN, MOHAMED ADAM ABDALLAH, ABDU
 MOHAMED, AHMED ARG ABAKAR, MOHAMMED DAUD ARBAB, ADAM BABKER
 IBRAHIM, MOHAMED ISHAG, ADAM ZAKARIA JUMA, MARIAM Y. YAKHOUB, SALIH
 MOHAMED EISSA, SAMIA ABDELRAHMAN, ABDELRAHMAN ADELKARIM, ADAM
 ABDALLAH BAKHAT, IDRIS ABDULRASUL ADEM, BUSH ZAKARIYA MOHAMMED,
 EHSSAN ALTAHIR SABIL, IBRAHIM MOHAMMED ADAM, MUBARAK OMAR WADI,
 JUMA SEIF SHAIBU, ABDELRAZIG ADAM DAHIYA, ABDULKARIM ALI IBRAHIM,
 AKUEIN AWAN KUETH, AMIRA EL DENG, HOUZAIFA AHMED, AISHA ADAM

ABUBAKAR, NADIA YAKUB, DAVID MATTHEWS GERI-ORIMATEO, ZARA IBRAHIM
 MAHAMAT, ABDELRAHIM OSMAN BASHIR HASSAN, ADAM ABDELKARIM ADAM
 HAROUN, MUBARAK A. MOHAMED, MARY DENG, KALTUM JUMA ZACHARIA, MONA
 OSMAN ABDELRAHMAN HASSAN, SULEIMAN ABDALLA ISMAIL, LAILA IBRAHIM
 ABBAKER, MOHAMED IBRAHIM AHMED, RODA ABDALLA SULEIMAN, ZUHAL FADL,
 ABDELKARIM ADAM ADAM AHMED MUSA, ADAM AHMED ABUBAKAR, JOHN ALIER
 LEEK YEN, ABDULKARIM AZARAK AHMED, DAVID BUOTH, ABDELMONEIM
 MOHAMED KORSI, AKOL CITHEC MACAR AKOL, FATIMA M. ABDELLA, ABELWAHAB
 GUMAA, SHAMS ELDIN ADAM, ELNAKHEIL BASHA DARA, MICHAEL PETER ABA,
 MAYEN THON DENG AYUEL, IBRAHIMA ADAMOU, VIOLA PAUL, AHMED TOM
 ABDALLA SAIEED, YAIA ABAKAR ABRAHIM, VIOLA JOHN DIRI JOSEPH, RAMSEY
 RENBY SEBIT, AHMED SAIEED, ADAM MOHAMED IBRAHIM, ABBASS AWAD ADAM
 ALI, NUR AL HUDA ABUBAKAR, NYAKOACH PETER LAM, HEIDER ABULGASIM
 SULEIMAN, CLEMENT JOSEPH WANI MOJUS, ADIER M KUDUM AWEL KWAI, HATIM
 ABDALLA ADAM, ABDELGABAR MOHAMED MOHAMEDIAN, LUAL RIAK MARIER
 ADEIM, REBECCA NYAKOTA NYOACH, LAM THOT MUANG, SAMUEL MATHIONG
 REEC, TABESA AKON YUOL, GUOT KARLO KEN, ALI ABAKER HASSAN, BUOL
 MAYEN JOK, LEWIS ALFRED UTU BARUD, ADAM KHAMS ARBAB, MOHAMED ISSA
 SULIMAN ABDALLA, NYADUOP PETER LAM, NYABEL LAM THOT, MOHAMED
 ABBASHER MHDI, DENG DENG REYAK, ADAM HARI OMER ABU, GATLUAK PETER
 LAM, DENG YEL AKOL DENG, YUSSIF MOHAMMED SABIL, SALAH BAKHET BAKHET,
 NYBOL DENG REYAK, AHMED M ABKER, MUSA MOHAMED ARJA, MOUSSA BABIKIR
 ABAKAR, MAYSIA OSMAN ARBAB, NOORELDIN OMER ALI, HAROON A BATI,
 ABDALLA SULIMAN ABAKAR, IZZELDIN SALEH AHMAD IBRAHIM, HAROUN HASSAN,
 DIYO JOK, IBRAHIM ADAM HASSAN, MAHASIN ELNOUR ADAM, ABDELMALIK
 HUSSEIN YAAKOUB, MOUSSA TEJEDDINE MOHAM AHMAD, RASHIDA HAMED
 AHMED BALLAH, ADAM JUMAA ARBAB, SOULEYMAN ABDELKERIM MAHAMAD,
 MICHAEL ADUUT PARENG, MARY JOHN DERY JOSEPH, NASRIN ANGLO MOHAMED,
 ZAHRA MOUSSA, DIING RING DIING YOL, FLORA AVURU, RODA LOGA, SABIT
 BARAKENYI KUBARI, AMEER AJAK NYHAL, NASIR KABASHI NASIR, IBRAHIM
 BAKHAT, AHMED ADAM ARBAB, YOUSIF KHALIL SULIMAN, JOSEPH G GAMUNDE,
 ISMAIL ISAAK ADAM, MUNAZIR ABDULLAH BAKHIET, GABRIEL CHARLES RIAK,
 CHARITY LOWOH, AMNA MOHAMED HASSAN KHALIFA, SAMYA A. HARAN, JAMES
 KADIN, ABDALLAH OMAR IBRAHIM, ISHAG ADAM GUMA MOHAMED, ADAM YACOB
 HAMID, ZEINAB AHMED MUSA ABBAS, KAMAL ADAM ABDULRAHMAN, MOHAMMED
 DABIYO ADAM, BABIKER ISMAEL ABDAHMMLLAH ELNOUR, ESTER PETER BEYAL
 LUWAL, MAWADA IBRAHIM ALI BAKHAT, IBRAHIM A ALI, MALKA ADAM ARBAB,
 KALTOUM FADUL MUSTAFA, KHALID MOHAMED ALI, DUAL D LUAL, ADAM
 ABAKER ABDALLA, ABDLAZIZ ALI YAGOUR, TIMANE ISSA WAR, JAMES AYUEL
 REHAN, ISRAA IBRAHIM AHMED, SAMIA ABUBAKER ABDALLA MOHAMED, AHMAD
 ALI ASHEKH, ALSADK HASSAN ADAM, ABUBAKR ALDOUM ADAM MUSA, MANAHIL
 IBRAHIM ALI, SANTINO RIAK AKUEI AJAK, MOHAMED IBRAHIM KAMBAL, YOUNES
 SALEM OMAR, SUKRAH M ELDHAI, ISMAIL MOHAMED ABDELMULLA, ABUBAKAR
 ALI ZAKARIA, MAHAMAT IBRAHIM ARBAB, JAKLIEN FARAH, AHMED A ISAAK,
 ASMA M HUSSEIN, ELNOUR HAROUN BABIKER ALI ELRASHID, MONIKA MAKUER
 MAJOK DOMINIC, MAYOM RIAK MABOR, LORANS OUJIT LOUAL, ANESA SIMON
 AJEUTH, FANNE ABDELNABI, ABBAS KAMSOR IBRAHIM, YACUOB ADAM OUMAR,
 ABDALLAH MOHAMMED HASSABANABI, USMAN ARBAB SULAEMAN, NOEL JADA
 LAKO, JAFAR HARRY JUMMA HASAPALLH, KHALID KHATER MOHAMED ALI,

ALSADIG J SABIL, NEHAL GIBREIL, MAWAHIB ABBO, MOHAMEDALMURTADA H
 ABDALLA, MUSA YAGOUB, YOUNIS MOHAMED MOHAMED, AMONAH ISMAEL,
 MAHMOUD HAMED ISSA, ABDULRAHMAN ABAKAR, TAGWA IBRAHIM YAHYA,
 MOHUSSIN ABAKAR, ABDULRASUL ADAM AHMED, AMAN MIHEMEED, YAHIA ADAM
 SHOGAR ATIA, MOHAMED ISMAIL YOUSIF, DAHIYA YACUB ADAM, MOHAMED
 AHMED MOHAMED, MALIK KHATAR MALIK, DOW HUSSIEN GASIM, ABDELAZIZ
 BAKHEIT, HABALDEEN ADAM HASSAN IDREES, YOSEF MOHAMED BAKHAT
 ABDALLA, ABDULRAHMAN ALNOUR GONGE, FATIMA TEGANI ALI, REMAZ ADAM,
 AHMED ALSADIG MOHAMED ABDELKARIM, MARIAM OMER KHAMIS, BUTHAINA A
 AHMED, MAGDI NOURALDIN YOUSF IBRAHIM, BUTRUS ALDO GWAKE LAZARUS,
 ANNA SERENO MODI, MARTHA AGUEK JOK, ADIL BASHAR ALI ADAM, SALAH
 MOHAMED KHATER AHMED, REBECCA ATHIENG DENG, YOUSIF MOHAMED, YAHYA
 ABDALLA JUMAA, ACHOL A AJAK, RHODA YAR ALIER, MOHAMMED KAMALELDIN
 HAMAH ALI, LUETH M YAK, ADAM ISMAIL MOHAMMED OMER, HAMADI YOUNIS
 AHMED ADAM, FADLALLA ADAM IBRAHEM MOHAMMED, YASIR RIZIG HASSAN,
 FATHIYA ABDELDAYIM, EMADALDEEN ALI SWAR BASHIR, MICHAEL M DUT,
 AMILIYA S DORI, ABDELRAZIG GUMA SULIMAN MOHAMED, NAMAT OSMAN
 YAGOUB, SALADIN AHMAT HAROUN, MUBARAK ABAKAR MOHMMED, ADAM
 YAHYA OMAR, SAFIYA AHMAT HAROUN, AWATIF IBRAHIM ISSA, MONIR AHMED
 ABDALLA, ADAM MOHAMED ABDALLA AHMED, HASSAN ISSACK ABDALLA,
 DFAALLA BASHIR DFAALLA, MOAWIA ABDELRAHMAN I. ABOH, EBTESAM OSMAN,
 BASHIR D IDRIS, FAIZA SABIL MOHAMED, SAMUEL GUYA LOBURI, GAFAR IBRAHIM
 YAGOUB, NABEEL A KHAMIS, MUTASIM IBRAHIM ABDALLA MOHAMMED, MONICA
 H TIMON, MAGDI YAHIA YUNIS, IBRIS AMIN, KARIMA ABRAHIM, ALGEZAFEE
 MOHAMED HAMID HAMID, ZAINAB BABIKER ABDELMA HASSAN, ZAHARA
 MOHAMED HUSSEIN, AGOK K GARANG, MOHIELDIN DAWED OMER, ROSE NAJORE
 HALISTO, NOURALDEIN ABAKER HOSS BAKHT, MOHMOUD IBRAHIM ABDULRAZIG,
 ABDALLAH ADAM TAHIR ADAM, HAMDI IBRAHIM AMIR, SULIMAN ADAM,
 MUBARAK YAGOUB IBRAHIM RAHMA, MUSTAFA MOHAMMED ALI, OMER ADAM
 OMAR, AHMED IBRAHIM YUSUF, HUSSIEN BASHIR HAROUN ADAM, RASHID HUSSEIN
 YOUNIS IBRAHIM, NOURDINIE MAHAMAD YUNIS, GAMAL ADAM YAGOUB HASSAN,
 MADIBO ADAM HASSABLLAH MADIBO, SALAHELDIN IDRIS YOUNIS SENIEN, AMER
 MOHAMMED BAKHT MENAWY, ADAM A IBRAHIM, NYANTHIEC JAM AWEL,
 NORALDIEM AHMED ISMAIL, LADO YANGA JURKIN, MUNA YAQOUB MOHAMED,
 AHMED ABDULRASOUL MOH MATAR, BAHARELDIN MOHAMMAD OMER ABDALLA,
 ABDO NORAIN MOHAMED, MUOTASIM MUSA ALSAFI, MAHSIM ABAKAR ISMAIL,
 MOHAMMED H KHATER, AUAR IBRAHIM YAHYA, KHALED OSMAN, YONIES HASSAN,
 ABDALLAH ALI ELNOUR, JUR KUCHA, MOHAMMED IBRAHIM, HANAN MUSA TAGAL,
 ABDALKARIM ADAM MOHAMMED IZZALDIN, KAMAL AHMAD MAHMOUD, MARY
 ABIECH AKOON, ARBAB ISMAIL IBRAHIM, MOHAMED ADAM MOHAMED JUMA,
 MUSAB ARBAB, ZAHARA YEKISUK, MAHAMAD ISMAIL IBRAHIM, ADAM IBRAHIM
 ISMAIL, MONICA ALUEL AYUEN, MOHAMMED MAHMOUD WAR, EMAN ALI,
 ABOBAKER S IBRAHIM, ATIA KAFI KUJUR, ABUALGESEM A ABDALMOULA, IBRAHIM
 AHMED ALI, ABAKAR EL SONOSI MOHAMED, JOHN MALWAL, MOHAMED O
 FADHL, YASSIEN DALEEL, MARY DAWOD L. LAKO, AMAN GAI GARANG DENG,
 AMNA KORASHY, EKALINO M AWOUR KUR, MAHMOUD ABDALLA ADAM ABDALLA,
 HAFIZ ABDULKARIM WADI, SAMUAL MUSA ABDALGADIR, MUBARAK SULIMAN
 RAHMA, YASMEEN MUSA ABELGADIR, ABDULRAZIK MAHDI, ABDELKARIM OSMAN
 HASSAN, BABIKER ABDALLA HAROUN ABDALLA, ABDALLAH ISHAG, ABDELBARI

ELTIGANI M ADAM, ELSHAZLY RAHMA, ISMAIL AHMED ALNOUR, MANAL MUSA MUHAMED—AHMED, HASSAN AWAAD ABDALLAH, AMANI SHAREIF A. MOHAMED, MUTASIM A ALI AHMED, SAFA ALI ARBAB, AMIR ARBAB HASSAN MOHAMED, MOHAMED YAGOUB ADAM, ALI ADAM MOHAMMEDIN BHAR, HANAA AHMED ABAKER IBRAHIM, MAHGOUB ABDALLAH DAFALL KHDIR, EKRAM IBRAHIM HAMED, ABEER HAROUN MOHAMMED HASABALLAH, SAYEDA ABDALRHMAN FASHIR, A. B., SAFA ALI IBRAHIM ABDELKARIM, ANDERIA AROK LUAL, SAIDA SHARAFELDIN MORSAL KHAMIS, ALI AHMED ELTAYIB ELFAKI, SADIYA M MOHAMED, MUSA ABDALWAHAB BABKER KAMAL, AHMED KHAMIS MOHAMED HAROUN, C. D., NYANGOK DANIEL DONGWAY, HAROUN HASSAN HAROUN, MAHA SABIR ABDALLA, ABUBAKAR IYDAM IBRAHIM MOHAMMED, SAMRA ABBAS IBRAHIM MOHAMMED, AZAHIR ALZAIN ADAM, KHALID HAROUN, ALSADIG SALIM TUKKA SABUN, ANDREW AKECH JOHN JOK, AWDIA AMIR ABDELBAGI, VICTORIA ADHAR AGUEK, ELTEGANI AHMED NHAR BERKA, YOSIF ABUALQASIM KHATIR OMER, SAMIA ALTOM TIBIN OMER, ZAINA HAMID GARELNAB ELTAHIR, SALIH INTISAR ABDELRAHMAN, GATAR GALIA HAMED ADAM, AHMED ISMAIL A. WADI, E. F., ATEM JOHN THUE AGUER, SAMIRA MOHAMMED ADAM IBRAHIM, FAISEL ABDURHMAN ADAM, OMDA A AHMED, ROSE BAGAZI LORI, MOHAMMED MOHAMMED AHMED, ZAKAREYA MOHAMED TARBOUSH, OMAR ABDELHAMEED, ALIET MALEK ALIER, TAHA HASSAN ISHAG, IBRAHIM A ISSA, AHMED ABDULKARIM WADI ISMAIL, AREK GARANG BAK LUAL, ZAKIA HAROUN SULYMAN ADAM, MAHMOUD MUKHTAR ELTAYB, OMAR HANDOGA KHATIR NAIR, ABDULLAH ABDULMAHMUD ABDULMAHMUD, ANWAR MOHAMMED DAFALLA, AHMED ADAM ELOMDA MOHAMED, AMINA OUSMAN IBRAHIM, AZIZA KHAMIS IBRAHIM, HAWA IBRAHIM JUMA HAROUN, SUMAIA IBRAHIM ALNOR JUMA, NOURACHAM OUMAR, ALTAYEB MUSTAFA ADAM WAR, BUTHAINA AMBADA, AMANI ABDALLA IBRAHIM, MOHAMMED ISMEIL JOMA MOHAMMED, ABUBAKAR ADAM OBAID BAKO, EMADALDEEN SULIMAN IBRAHIM, MAHMOUD ELRAYAH GUMAA, FAISAL ADAM IDRIS, MOUSAB TOGOL, KHALID ABAKER MUHAMED TAIRAB, ABDULAZIZ MOHAMMED ABDALLA, SIHAM ARBAB ABDALLAH, OSAM BAKHIT MUSA SAM, MUHIEDDIN ABELRAHMAN I. MAHMOUD, MOHYALDEEN ABDREHEEM ABAM ABAKAR, ACHOL GARANG AWUOL AKOIH, ABUK MATHIANG MADUT, HANADI ZAKARIYA IBRAHIM, GEHAD A ABDELRASOUL, MUNIRA HARON ALTOM MOUSA, AMEERA BASHEER HAROUN, HAITHAM ABUBAKAR ABDELMAILK, HAMED YAGOUB ADAM, NAJWA ADAM ISA JUBARA, OSMAN MAHAMED ISMAIL ABDELRAHMAN, MAHMOUD OMER ISSAK ADAM, SALMA ABDELKARIM ALI, ABDELRAHMAN YAGOUB ABDELMALIK,

Plaintiff-Consolidated Plaintiffs,

v.

BNP PARIBAS NORTH AMERICA, INC., a Delaware corporation, DOES 1–10, BNP PARIBAS, SA NEW YORK BRANCH, a foreign branch, BNP PARIBAS US WHOLESALE HOLDINGS, CORP., FKA BNP PARIBAS NORTH AMERICA, INC., a Delaware corporation,

Defendants.

The Government of Switzerland respectfully moves this Court, pursuant to Federal Rule of Appellate Procedure 29(a) and Local Rule 29.1, for leave to file the proposed brief (including an addendum of Swiss-law materials), attached hereto as Exhibit A, as *amicus curiae* advocating that this Court reverse the judgment of the district court. This motion is unopposed.

STATEMENT OF *AMICUS*' INTEREST

This case concerns the Swiss conduct of a Swiss-regulated bank. The district court determined that Switzerland had the greatest interest in the litigation, far outweighing that of any other jurisdiction, including the U.S. Accordingly, it held that Swiss law would govern the trial of Plaintiffs' claims.

Although the bank's at-issue transactions were lawful under governing Swiss law, a jury in the Southern District of New York found the bank liable, purportedly under Swiss tort law, for complicity in serious human rights abuses by the Government of Sudan. The district court did not permit that jury to hear evidence of the lawfulness of the bank's Swiss conduct—which the relevant Swiss regulator determined, after an investigation, did not violate Swiss economic sanctions concerning transactions with Sudan—but allowed the jury to learn about the bank's violations of the significantly different U.S. sanctions regime.

Moreover, as further explained in the accompanying brief, the district court's application of Swiss tort law in this case was replete with error. The Government of

Switzerland alerted the district court, in advance of trial, that its interpretations of applicable provisions of the Swiss Code of Obligations (“SCO”) conflicted with the actual requirements of Swiss law, but the district court rejected those concerns and proceeded to misapply the SCO in several significant ways. The verdict, and the resulting judgment now on appeal, were therefore ultimately based on a novel secondary liability theory that no Swiss court would ever recognize.

This case directly implicates important sovereign interests of the Government of Switzerland, including: its interest in regulating the acts of banks operating on Swiss territory according to standards established in Swiss legislation and regulations; its interest as a sovereign state in seeing that Swiss law, rather than the laws of other countries, is applied to the conduct of such banks in Switzerland; and its interest in the integrity of Swiss law and its application by foreign courts in cases involving Swiss parties.

THE DESIRABILITY AND RELEVANCE OF THE PROPOSED BRIEF

The Government of Switzerland, which has filed *amicus curiae* briefs on matters concerning Swiss sovereignty and law in other appeals, including before this Court, respectfully submits that in light of the centrality to the issues on appeal of its concerns over Swiss sovereignty and the integrity of Swiss law, its proposed submission will prove “desirable,” and that the matters it asserts in its proposed brief as *amicus curiae* are directly “relevant to the disposition of the case.” Fed. R. App.

P. 29(a)(3)(B). Granting this motion would be consistent with the U.S. Supreme Court’s instructions that a “federal court should accord respectful consideration to a foreign government’s submission” interpreting its own law, and that such a government’s “expressed view of its own law is ordinarily entitled to substantial but not conclusive weight.” *Animal Sci. Prods. Inc. v. Hebei Welcome Pharm. Co.*, 585 U.S. 33, 36, 46 (2018).

THIS MOTION IS UNOPPOSED

No party to this appeal opposes *amicus*’s motion. Defendant-Appellant has consented to the filing of *amicus*’s proposed brief, while counsel for Plaintiffs-Appellees have advised *amicus*’ counsel that they do not oppose the filing.

Wherefore, *amicus* respectfully moves this Court for leave to file the accompanying brief as *Amicus Curiae*.

Dated: New York, New York
May 29, 2026

Respectfully submitted,

HERBERT SMITH FREEHILLS
KRAMER (US) LLP

By: /s/ Marc J. Gottridge
Marc J. Gottridge
1177 Avenue of the Americas
New York, New York 10036
(212) 715-9100
marc.gottridge@hsfkramer.com

*Counsel for Proposed Amicus Curiae
Government of Switzerland*

CERTIFICATE OF SERVICE

I hereby certify that, on May 29, 2026, an electronic copy of the foregoing Motion of the Government of Switzerland for Leave to File a Brief as *Amicus Curiae*, including Exhibit A, was filed with the Clerk of the Court using the ECF system and thereby served upon all counsel appearing in this case.

/s/ Marc J. Gottridge
Marc J. Gottridge

Exhibit A

26-341

**United States Court of Appeals
for the Second Circuit**

ENTESAR OSMAN KASHEF, TURJUMAN RAMADAN ADAM, AND
ABULGASIM SULEMAN ABDALLA,

Plaintiffs-Appellees,

v.

BNP PARIBAS,

Defendant-Appellant,

[Caption Continued on Inside Cover]

On Appeal from the U.S. District Court for the Southern District of New York
No. 16-cv-3228, Judge Alvin K. Hellerstein

**BRIEF FOR *AMICUS CURIAE*
GOVERNMENT OF SWITZERLAND
IN SUPPORT OF REVERSAL**

MARC J. GOTTRIDGE
HERBERT SMITH FREEHILLS KRAMER
(US) LLP

*Attorney for Amicus Curiae
Government of Switzerland*
1177 Avenue of the Americas
New York, New York 10036
(212) 715-9100

marc.gottridge@hsfkramer.com

ALFADEL MOSABAL, ABUBAKAR ABAKAR, SIAMA ABDELNABI HAMAD, ABBO
 AHMED ABAKAR, HAWA MOHAMED OMAR, FATIMA ABDALLA ABDELRAHMAN,
 NYANRIAK TINGLOTH, REVEREND ANDERIA LUAL, NICOLAS HAKIM LUKUDU,
 JOHNMARK MAJUC, JOSEPH JOK, HALIMA SAMUEL KHALIFA, AMBROSE MARTIN
 ULAU, SANDI (SUNDAY) GEORGARI MARJAN, SHAFIKA G. HASSAN, JANE ROE,
 CLARA E. TABOR, SARA NOURELDIRZ ABDALLA, AMIR AHMED, ISAAC ALI, KUOL
 SHBUR, JUDY ROE, ESAMELDIN N. ABDELAZIZ, HAMDAN JUMA ABAKAR, ROSA BOL
 RING, ADIEL ABAKER ABDALLA, ARBAB KHAMIS KHATER, ISMAIL IDRIS ADAM,
 FATMA OMAR AHMED, HAWA ISMAIL, ADAM ABAKAR HISSEIN, ACHAN ACHOR
 DUMO, MONG PETER LAM, JACOB LOK GATKOUTH, MAHDI ALTIGANI ALNOUR,
 HAYDAR AHMED ABDALLA, MAHMOUD MOHAMED IBRAHIM, RABAB AHMED EL
 SAYED ADAM, HANADI ABAKER MOHAMED, AHMED JUMA AHMED, ATONG D
 DENG, ABDALLA MOHAMED IDRIS, MOHAMED OMER SALIH HASABO, OMAR
 BAHER SIBOURU, ADAM ABDELRAHMAN ISMAIL, ABDULMAJID A GAMAR, MUTAZ
 MOHAMED MAKI KOMI, GAFFAR HAMID ALI NOURELDEIN, NOHA GAFFER HAMID
 ALI, FATHIA YAGOURB ELNOUR BAKHAT, SADAM Y MOHAMED, KHALID SAYFELDIN
 KRAMELDIN, SALAH IBRAHIM AHMED, SOMIA ALI ALI, ABDELRAHMAN HASSAN
 AHMED, MOHAMED ADAM OSMAN MOHAMED, ELHADI HAROUN ADAM, YAHYA
 MUSA ABDALLA, ABDALRAHMAN OSMAN FADOUL, ABDELKARIM MOUSA OMAR,
 KUIER AGUER ATEMDENG, SAID ABOBAKAR AHMED ABDALA, ABDELRAZIQ MUSA
 HUSSEIN, MUSTAFA ALNOR, MOHAMED I ABOH, ALI OMER AMIR TAGAL, IBRAHIM
 FADL JUMAA, ABBAS KHAMIS HAROON, ZEINAB ABBU, YOUNES OMAR ADAM,
 IBRAHIM FADEL HUSSEIN, KALTHOUM ARBAB MUSA, MUSA S ADAM, ABDULATIF
 ISAAK, MARYAM BABO, BABIKER ABDALLA ISAAC, IBRAHIM ALNOR JUMA, ABOUD
 ISSA SALEH, OMER AMIR BAKHIT, NORELDIN ADAM OSMAN, EISA MOHAMED,
 IDRIS ADAM MOHAMED DAWOUD, ABDELAZIM ADAM AHMED ABDELMOULA,
 RAMADAN YAHAI HAROUN, ABDUSHAFIE ABUBAKER AHMED, NAWAL ABAKR,
 MUSA MOHAMED AHMED, MUSTAFA ISAAC MOHAMMED, HAROUN MOHAMED
 IDRIS, ABDALLA OMER AMIR, HALEEMA HARSWON ABDALLA, ABDELGADIR
 MOHAMED ABAKER, MUSA BABIKER ALI HUSSEIN, ABDELKARIM MOHAMED
 TOGOL B BAKHIT, MOHAMED ABDALLA MOHAMUD, HASSEN A MOHAMED ISMAEL
 ISMAEL, YAKOUB A YAKOUB, SALEH MOHAMED AHMED, YAGOURB OMER
 ELSHEIKH, SHADIA MOKHTAR HAMAD ABDELRHAMAN, ISMAIL ABBAS, MARIA
 ADAM SALIH, JAMES THON ALEER, MALUAL MANYOK DENG DUOT, AMIR
 SULEIMAN SHAWKAR, YOR CHOL YOR, MORWEL MATHIANG DENG, THON MAJAK
 DENG, ISHAG OTHMAN ADAM AHMED, SULEIMAN MOHAMED SALEH, JOSEPH AJEO
 MOILINGA, KRISTENA PETER RUFUEL, ELAF RUFUEL, NOURELDIN MAHDI ABDALLA
 ELTOM, ARBAB ABDALLAH ADAM, MOUSTAPHA IBRAHIM MAHAMAT, SAMIA
 ARBAB ABDURHAMAN, HAMRA IBRAHIM FADOUL, DJOUMA ARBAB ADAM, MATAR
 MAKINE ABAKAR, YAKUB HAROUN ABDULMOLA, HALEIMA NASRALDEN
 ABDELMAWLA SHERF, YAHYA KHAMIS, ANWAR HAMED ELNOUR, HASSAN HADO
 IBRAHIM HASSAN, YOUNESS HASSAN, MOHAMED ADAM ABDALLAH, ABDU
 MOHAMED, AHMED ARG ABAKAR, MOHAMMED DAUD ARBAB, ADAM BABKER
 IBRAHIM, MOHAMED ISHAG, ADAM ZAKARIA JUMA, MARIAM Y. YAKHOUB, SALIH
 MOHAMED EISSA, SAMIA ABDELRAHMAN, ABDELRAHMAN ADELKARIM, ADAM
 ABDALLAH BAKHAT, IDRIS ABDULRASUL ADEM, BUSH ZAKARIYA MOHAMMED,
 EHSSAN ALTAHIR SABIL, IBRAHIM MOHAMMED ADAM, MUBARAK OMAR WADI,
 JUMA SEIF SHAIBU, ABDELRAZIG ADAM DAHIYA, ABDULKARIM ALI IBRAHIM,
 AKUEIN AWAN KUETH, AMIRA EL DENG, HOUZAIFA AHMED, AISHA ADAM

ABUBAKAR, NADIA YAKUB, DAVID MATTHEWS GERI-ORIMATEO, ZARA IBRAHIM
 MAHAMAT, ABDELRAHIM OSMAN BASHIR HASSAN, ADAM ABDELKARIM ADAM
 HAROUN, MUBARAK A. MOHAMED, MARY DENG, KALTUM JUMA ZACHARIA, MONA
 OSMAN ABDELRAHMAN HASSAN, SULEIMAN ABDALLA ISMAIL, LAILA IBRAHIM
 ABBAKER, MOHAMED IBRAHIM AHMED, RODA ABDALLA SULEIMAN, ZUHAL FADL,
 ABDELKARIM ADAM ADAM AHMED MUSA, ADAM AHMED ABUBAKAR, JOHN ALIER
 LEEK YEN, ABDULKARIM AZARAK AHMED, DAVID BUOTH, ABDELMONEIM
 MOHAMED KORSI, AKOL CITHEC MACAR AKOL, FATIMA M. ABDELLA, ABELWAHAB
 GUMAA, SHAMS ELDIN ADAM, ELNAKHEIL BASHA DARA, MICHAEL PETER ABA,
 MAYEN THON DENG AYUEL, IBRAHIMA ADAMOU, VIOLA PAUL, AHMED TOM
 ABDALLA SAIEED, YAIA ABAKAR ABRAHIM, VIOLA JOHN DIRI JOSEPH, RAMSEY
 RENBY SEBIT, AHMED SAIEED, ADAM MOHAMED IBRAHIM, ABBASS AWAD ADAM
 ALI, NUR AL HUDA ABUBAKAR, NYAKOACH PETER LAM, HEIDER ABULGASIM
 SULEIMAN, CLEMENT JOSEPH WANI MOJUS, ADIER M KUDUM AWEL KWAI, HATIM
 ABDALLA ADAM, ABDELGABAR MOHAMED MOHAMEDIAN, LUAL RIAK MARIER
 ADEIM, REBECCA NYAKOTA NYOACH, LAM THOT MUANG, SAMUEL MATHIONG
 REEC, TABESA AKON YUOL, GUOT KARLO KEN, ALI ABAKER HASSAN, BUOL
 MAYEN JOK, LEWIS ALFRED UTU BARUD, ADAM KHAMS ARBAB, MOHAMED ISSA
 SULIMAN ABDALLA, NYADUOP PETER LAM, NYABEL LAM THOT, MOHAMED
 ABBASHER MHDI, DENG DENG REYAK, ADAM HARI OMER ABU, GATLUAK PETER
 LAM, DENG YEL AKOL DENG, YUSSIF MOHAMMED SABIL, SALAH BAKHET BAKHET,
 NYBOL DENG REYAK, AHMED M ABKER, MUSA MOHAMED ARJA, MOUSSA BABIKIR
 ABAKAR, MAYSIA OSMAN ARBAB, NOORELDIN OMER ALI, HAROON A BATI,
 ABDALLA SULIMAN ABAKAR, IZZELDIN SALEH AHMAD IBRAHIM, HAROUN HASSAN,
 DIYO JOK, IBRAHIM ADAM HASSAN, MAHASIN ELNOUR ADAM, ABDELMALIK
 HUSSEIN YAAKOUB, MOUSSA TEJEDDINE MOHAM AHMAD, RASHIDA HAMED
 AHMED BALLAH, ADAM JUMAA ARBAB, SOULEYMAN ABDELKERIM MAHAMAD,
 MICHAEL ADUUT PARENG, MARY JOHN DERY JOSEPH, NASRIN ANGLO MOHAMED,
 ZAHRA MOUSSA, DIING RING DIING YOL, FLORA AVURU, RODA LOGA, SABIT
 BARAKENYI KUBARI, AMEER AJAK NYHAL, NASIR KABASHI NASIR, IBRAHIM
 BAKHAT, AHMED ADAM ARBAB, YOUSIF KHALIL SULIMAN, JOSEPH G GAMUNDE,
 ISMAIL ISAAK ADAM, MUNAZIR ABDULLAH BAKHIET, GABRIEL CHARLES RIAK,
 CHARITY LOWOH, AMNA MOHAMED HASSAN KHALIFA, SAMYA A. HARAN, JAMES
 KADIN, ABDALLAH OMAR IBRAHIM, ISHAG ADAM GUMA MOHAMED, ADAM YACOB
 HAMID, ZEINAB AHMED MUSA ABBAS, KAMAL ADAM ABDULRAHMAN, MOHAMMED
 DABIYO ADAM, BABIKER ISMAEL ABDAHMMLLAH ELNOUR, ESTER PETER BEYAL
 LUWAL, MAWADA IBRAHIM ALI BAKHAT, IBRAHIM A ALI, MALKA ADAM ARBAB,
 KALTOUM FADUL MUSTAFA, KHALID MOHAMED ALI, DUAL D LUAL, ADAM
 ABAKER ABDALLA, ABDLAZIZ ALI YAGOUB, TIMANE ISSA WAR, JAMES AYUEL
 REHAN, ISRAA IBRAHIM AHMED, SAMIA ABUBAKER ABDALLA MOHAMED, AHMAD
 ALI ASHEKH, ALSADK HASSAN ADAM, ABUBAKR ALDOUM ADAM MUSA, MANAHIL
 IBRAHIM ALI, SANTINO RIAK AKUEI AJAK, MOHAMED IBRAHIM KAMBAL, YOUNES
 SALEM OMAR, SUKRAH M ELDHAI, ISMAIL MOHAMED ABDELMULLA, ABUBAKAR
 ALI ZAKARIA, MAHAMAT IBRAHIM ARBAB, JAKLIEN FARAH, AHMED A ISAAK,
 ASMA M HUSSEIN, ELNOUR HAROUN BABIKER ALI ELRASHID, MONIKA MAKUER
 MAJOK DOMINIC, MAYOM RIAK MABOR, LORANS OUJIT LOUAL, ANESA SIMON
 AJEUTH, FANNE ABDELNABI, ABBAS KAMSOR IBRAHIM, YACUOB ADAM OUMAR,
 ABDALLAH MOHAMMED HASSABANABI, USMAN ARBAB SULAEMAN, NOEL JADA
 LAKO, JAFAR HARRY JUMMA HASAPALLH, KHALID KHATER MOHAMED ALI,

ALSADIG J SABIL, NEHAL GIBREIL, MAWAHIB ABBO, MOHAMEDALMURTADA H
 ABDALLA, MUSA YAGOUB, YOUNIS MOHAMED MOHAMED, AMONAH ISMAEL,
 MAHMOUD HAMED ISSA, ABDULRAHMAN ABAKAR, TAGWA IBRAHIM YAHYA,
 MOHUSSIN ABAKAR, ABDULRASUL ADAM AHMED, AMAN MIHEMEED, YAHIA ADAM
 SHOGAR ATIA, MOHAMED ISMAIL YOUSIF, DAHIYA YACUB ADAM, MOHAMED
 AHMED MOHAMED, MALIK KHATAR MALIK, DOW HUSSIEN GASIM, ABDELAZIZ
 BAKHEIT, HABALDEEN ADAM HASSAN IDREES, YOSEF MOHAMED BAKHAT
 ABDALLA, ABDULRAHMAN ALNOUR GONGE, FATIMA TEGANI ALI, REMAZ ADAM,
 AHMED ALSADIG MOHAMED ABDELKARIM, MARIAM OMER KHAMIS, BUTHAINA A
 AHMED, MAGDI NOURALDIN YOUSF IBRAHIM, BUTRUS ALDO GWAKE LAZARUS,
 ANNA SERENO MODI, MARTHA AGUEK JOK, ADIL BASHAR ALI ADAM, SALAH
 MOHAMED KHATER AHMED, REBECCA ATHIENG DENG, YOUSIF MOHAMED, YAHYA
 ABDALLA JUMAA, ACHOL A AJAK, RHODA YAR ALIER, MOHAMMED KAMALELDIN
 HAMAH ALI, LUETH M YAK, ADAM ISMAIL MOHAMMED OMER, HAMADI YOUNIS
 AHMED ADAM, FADLALLA ADAM IBRAHEM MOHAMMED, YASIR RIZIG HASSAN,
 FATHIYA ABDELDAYIM, EMADALDEEN ALI SWAR BASHIR, MICHAEL M DUT,
 AMILIYA S DORI, ABDELRAZIG GUMA SULIMAN MOHAMED, NAMAT OSMAN
 YAGOUB, SALADIN AHMAT HAROUN, MUBARAK ABAKAR MOHMMED, ADAM
 YAHYA OMAR, SAFIYA AHMAT HAROUN, AWATIF IBRAHIM ISSA, MONIR AHMED
 ABDALLA, ADAM MOHAMED ABDALLA AHMED, HASSAN ISSACK ABDALLA,
 DFAALLA BASHIR DFAALLA, MOAWIA ABDELRAHMAN I. ABOH, EBTESAM OSMAN,
 BASHIR D IDRIS, FAIZA SABIL MOHAMED, SAMUEL GUYA LOBURI, GAFAR IBRAHIM
 YAGOUB, NABEEL A KHAMIS, MUTASIM IBRAHIM ABDALLA MOHAMMED, MONICA
 H TIMON, MAGDI YAHIA YUNIS, IBRIS AMIN, KARIMA ABRAHIM, ALGEZAFEE
 MOHAMED HAMID HAMID, ZAINAB BABIKER ABDELMA HASSAN, ZAHARA
 MOHAMED HUSSEIN, AGOK K GARANG, MOHIELDIN DAWED OMER, ROSE NAJORE
 HALISTO, NOURALDEIN ABAKER HOSS BAKHT, MOHMOUD IBRAHIM ABDULRAZIG,
 ABDALLAH ADAM TAHIR ADAM, HAMDI IBRAHIM AMIR, SULIMAN ADAM,
 MUBARAK YAGOUB IBRAHIM RAHMA, MUSTAFA MOHAMMED ALI, OMER ADAM
 OMAR, AHMED IBRAHIM YUSUF, HUSSIEN BASHIR HAROUN ADAM, RASHID HUSSEIN
 YOUNIS IBRAHIM, NOURDINIE MAHAMAD YUNIS, GAMAL ADAM YAGOUB HASSAN,
 MADIBO ADAM HASSABLLAH MADIBO, SALAHELDIN IDRIS YOUNIS SENIEN, AMER
 MOHAMMED BAKHT MENAWY, ADAM A IBRAHIM, NYANTHIEC JAM AWEL,
 NORALDIEM AHMED ISMAIL, LADO YANGA JURKIN, MUNA YAQOUB MOHAMED,
 AHMED ABDULRASOUL MOH MATAR, BAHARELDIN MOHAMMAD OMER ABDALLA,
 ABDO NORAIN MOHAMED, MUOTASIM MUSA ALSAFI, MAHSIM ABAKAR ISMAIL,
 MOHAMMED H KHATER, AUAR IBRAHIM YAHYA, KHALED OSMAN, YONIES HASSAN,
 ABDALLAH ALI ELNOUR, JUR KUCHA, MOHAMMED IBRAHIM, HANAN MUSA TAGAL,
 ABDALKARIM ADAM MOHAMMED IZZALDIN, KAMAL AHMAD MAHMOUD, MARY
 ABIECH AKOON, ARBAB ISMAIL IBRAHIM, MOHAMED ADAM MOHAMED JUMA,
 MUSAB ARBAB, ZAHARA YEKISUK, MAHAMAD ISMAIL IBRAHIM, ADAM IBRAHIM
 ISMAIL, MONICA ALUEL AYUEN, MOHAMMED MAHMOUD WAR, EMAN ALI,
 ABOBAKER S IBRAHIM, ATIA KAFI KUJUR, ABUALGESEM A ABDALMOULA, IBRAHIM
 AHMED ALI, ABAKAR EL SONOSI MOHAMED, JOHN MALWAL, MOHAMED O
 FADHL, YASSIEN DALEEL, MARY DAWOD L. LAKO, AMAN GAI GARANG DENG,
 AMNA KORASHY, EKALINO M AWOUR KUR, MAHMOUD ABDALLA ADAM ABDALLA,
 HAFIZ ABDULKARIM WADI, SAMUAL MUSA ABDALGADIR, MUBARAK SULIMAN
 RAHMA, YASMEEN MUSA ABELGADIR, ABDULRAZIK MAHDI, ABDELKARIM OSMAN
 HASSAN, BABIKER ABDALLA HAROUN ABDALLA, ABDALLAH ISHAG, ABDELBARI

ELTIGANI M ADAM, ELSHAZLY RAHMA, ISMAIL AHMED ALNOUR, MANAL MUSA MUHAMED—AHMED, HASSAN AWAAD ABDALLAH, AMANI SHAREIF A. MOHAMED, MUTASIM A ALI AHMED, SAFA ALI ARBAB, AMIR ARBAB HASSAN MOHAMED, MOHAMED YAGOUB ADAM, ALI ADAM MOHAMMEDIN BHAR, HANAA AHMED ABAKER IBRAHIM, MAHGOUB ABDALLAH DAFALL KHDIR, EKRAM IBRAHIM HAMED, ABEER HAROUN MOHAMMED HASABALLAH, SAYEDA ABDALRHMAN FASHIR, A. B., SAFA ALI IBRAHIM ABDELKARIM, ANDERIA AROK LUAL, SAIDA SHARAFELDIN MORSAL KHAMIS, ALI AHMED ELTAYIB ELFAKI, SADIYA M MOHAMED, MUSA ABDALWAHAB BABKER KAMAL, AHMED KHAMIS MOHAMED HAROUN, C. D., NYANGOK DANIEL DONGWAY, HAROUN HASSAN HAROUN, MAHA SABIR ABDALLA, ABUBAKAR IYDAM IBRAHIM MOHAMMED, SAMRA ABBAS IBRAHIM MOHAMMED, AZAHIR ALZAIN ADAM, KHALID HAROUN, ALSADIG SALIM TUKKA SABUN, ANDREW AKECH JOHN JOK, AWDIA AMIR ABDELBAGI, VICTORIA ADHAR AGUEK, ELTEGANI AHMED NHAIR BERKA, YOSIF ABUALQASIM KHATIR OMER, SAMIA ALTOM TIBIN OMER, ZAINA HAMID GARELNAB ELTAHIR, SALIH INTISAR ABDELRAHMAN, GATAR GALIA HAMED ADAM, AHMED ISMAIL A. WADI, E. F., ATEM JOHN THUE AGUER, SAMIRA MOHAMMED ADAM IBRAHIM, FAISEL ABDURHMAN ADAM, OMDA A AHMED, ROSE BAGAZI LORI, MOHAMMED MOHAMMED AHMED, ZAKAREYA MOHAMED TARBOUSH, OMAR ABDELHAMEED, ALIET MALEK ALIER, TAHA HASSAN ISHAG, IBRAHIM A ISSA, AHMED ABDULKARIM WADI ISMAIL, AREK GARANG BAK LUAL, ZAKIA HAROUN SULYMAN ADAM, MAHMOUD MUKHTAR ELTAYB, OMAR HANDOGA KHATIR NAIR, ABDULLAH ABDULMAHMUD ABDULMAHMUD, ANWAR MOHAMMED DAFALLA, AHMED ADAM ELOMDA MOHAMED, AMINA OUSMAN IBRAHIM, AZIZA KHAMIS IBRAHIM, HAWA IBRAHIM JUMA HAROUN, SUMAIA IBRAHIM ALNOR JUMA, NOURACHAM OUMAR, ALTAYEB MUSTAFA ADAM WAR, BUTHAINA AMBADA, AMANI ABDALLA IBRAHIM, MOHAMMED ISMEIL JOMA MOHAMMED, ABUBAKAR ADAM OBAID BAKO, EMADALDEEN SULIMAN IBRAHIM, MAHMOUD ELRAYAH GUMAA, FAISAL ADAM IDRIS, MOUSAB TOGOL, KHALID ABAKER MUHAMED TAIRAB, ABDULAZIZ MOHAMMED ABDALLA, SIHAM ARBAB ABDALLAH, OSAM BAKHIT MUSA SAM, MUHIEDDIN ABELRAHMAN I. MAHMOUD, MOHYALDEEN ABDREHEEM ABAM ABAKAR, ACHOL GARANG AWUOL AKOIH, ABUK MATHIANG MADUT, HANADI ZAKARIYA IBRAHIM, GEHAD A ABDELRASOUL, MUNIRA HARON ALTOM MOUSA, AMEERA BASHEER HAROUN, HAITHAM ABUBAKAR ABDELMAILK, HAMED YAGOUB ADAM, NAJWA ADAM ISA JUBARA, OSMAN MAHAMED ISMAIL ABDELRAHMAN, MAHMOUD OMER ISSAK ADAM, SALMA ABDELKARIM ALI, ABDELRAHMAN YAGOUB ABDELMALIK,

Plaintiff-Consolidated Plaintiffs,

v.

BNP PARIBAS NORTH AMERICA, INC., a Delaware corporation, DOES 1–10, BNP PARIBAS, SA NEW YORK BRANCH, a foreign branch, BNP PARIBAS US WHOLESALE HOLDINGS, CORP., FKA BNP PARIBAS NORTH AMERICA, INC., a Delaware corporation,

Defendants.

TABLE OF CONTENTS

	PAGE
TABLE OF AUTHORITIES.....	iii
INTEREST OF THE <i>AMICUS CURIAE</i>	1
SUMMARY OF ARGUMENT.....	4
ARGUMENT	5
I. IMPORTANT SOVEREIGN INTERESTS OF SWITZERLAND ARE AFFECTED WHEN U.S. COURTS ADJUDICATE A DEFENDANT LIABLE BASED ON SWISS CONDUCT THAT SWISS LAW PERMITS, PREMISING LIABILITY ON VIOLATIONS OF A U.S. SANCTIONS REGIME THAT DIFFERS MARKEDLY FROM SWITZERLAND’S	5
A. Introduction	5
B. Relevant Swiss Sanctions Law, as Contrasted With U.S. Law	6
C. The District Court Permitted the Jury to Find BNP Paribas Liable Based on U.S. Law Violations, While Precluding the Jury from Hearing Evidence that the Bank Complied with Applicable Swiss Law	9
D. The Swiss Ambassador’s Letter to the District Court and the Court’s “Order Responding” to the Ambassador	11
II. IMPORTANT SOVEREIGN INTERESTS OF SWITZERLAND ARE AFFECTED WHEN U.S. COURTS PURPORTING TO APPLY SWISS LAW MISAPPREHEND SWITZERLAND’S REQUIREMENTS FOR TORT LIABILITY AND APPLICABLE STANDARDS OF PROOF.....	12
A. Introduction	12
B. The District Court Fundamentally Misapplied Articles 41 and 50(1) of the Swiss Code of Obligations	15

1.	The District Court Overlooked that Article 50(1) Does Not Provide an Independent Basis for Tort Liability, Which Must Be Based on Article 41	15
2.	The District Court Overlooked That Tort Liability Cannot Exist Under Article 41 Unless the Defendant Committed an Act that is Unlawful Under Swiss, Not U.S., Law	17
3.	The District Court Overlooked that an Alleged Accomplice Cannot Be Jointly and Severally Liable Unless the Alleged Main Perpetrator Could Be Held Liable Under Article 41	19
4.	The District Court Failed to Properly Instruct the Jury on Conscious Assistance and Knowledge Under Swiss Law	20
5.	The District Court Failed to Properly Instruct the Jury on the Natural and Adequate Causation Requirements Under Swiss Law	22
C.	The District Court Failed to Properly Instruct the Jury as to the Standard of Proof Required to Support Liability Under Swiss Law	25
D.	Unless Corrected on Appeal, the District Court’s Misapplication of Swiss Law Poses Dangers to Swiss Sovereign Interests and the Integrity of Swiss Law	29
CONCLUSION		30

TABLE OF AUTHORITIES

	PAGE
Cases	
<i>American Banana Co. v. United Fruit Co.</i> , 213 U.S. 347 (1909).....	6, 12
<i>Animal Sci. Prods., Inc. v. Hebei Welcome Pharm. Co.</i> , 585 U.S. 33 (2018).....	11
<i>City of Pontiac Policemen’s & Firemen’s Ret. Sys. v. UBS AG</i> , 752 F.3d 173 (2d Cir. 2014)	2
<i>Curley v. AMR Corp.</i> , 153 F.3d 5 (2d Cir. 1998)	14
<i>Lab. Union of Pico Korea, Ltd. v. Pico Prods., Inc.</i> , 968 F.2d 191 (2d Cir. 1992)	5
<i>Menghistab v. Garland</i> , 37 F.4th 1240 (7th Cir. 2022)	14
<i>Murray v. British Broadcasting Corp.</i> , 81 F.3d 287 (2d Cir. 1996)	13 n.7
<i>New York Cent. R.R. v. Chisholm</i> , 268 U.S. 29 (1925).....	6
<i>ÖBB Personenverkehr AG v. Sachs</i> , 577 U.S. 27 (2015).....	2
<i>Rothstein v. UBS AG</i> , 708 F.3d 82 (2d Cir. 2013)	2
<i>Stevenson v. Thornburgh</i> , 2026 WL 276584 (2d Cir. Feb. 3, 2026)	13 n.7
<i>United States v. Gigante</i> , 94 F.3d 53 (2d Cir. 1996)	27

Statutes & Rules

Articles of the Swiss Code of Obligations

Art. 20	6, 17
Art. 41	<i>passim</i>
Art. 50	<i>passim</i>
Art. 51	16
Fed. R. Civ. P. 26.1	1 n.1

Other Authorities

31 C.F.R. § 546	8
Exec. Order No. 13067, 62 Fed. Reg. 59989 (1997)	8
Federal Department of Foreign Affairs, <i>Sanctions</i> , (Feb 1, 2026), https://www.eda.admin.ch/en/un-sanctions (last visited May 28, 2026)	8

INTEREST OF THE *AMICUS CURIAE*

This case involves the conduct of a Swiss-regulated bank. Based on its activities in Switzerland, a jury—purportedly applying Swiss law—found the bank liable for complicity in horrific human-rights abuses committed in Sudan by the Government of Sudan.¹

The Government of Switzerland condemns such human rights abuses. For over 30 years, Switzerland has furnished substantial humanitarian and development aid to Sudan; in the past three years alone, Switzerland has provided 213 million Swiss francs (over \$270 million) in humanitarian aid to Sudan and neighboring countries. It has also worked assiduously through diplomatic channels to facilitate negotiations to resolve the long-running conflicts in Sudan and bring peace to its inhabitants. The Government of Switzerland, moreover, has long implemented, as part of Swiss law, a regime of targeted sanctions (including an arms embargo) on Sudan.

The issues presented by this appeal, however, do not focus on the conduct of the Government of Sudan. Their focus, instead, is on financial transactions executed

¹ This brief was not authored in whole or in part by any party's counsel; no party or party's counsel—and no person other than *amicus*—contributed money intended to fund preparing or submitting this brief. As *amicus* is not a nongovernmental corporation, no Rule 26.1 disclosure statement is required.

in Switzerland by BNP Paribas. Those transactions were lawful under Swiss banking law, and—as Switzerland’s financial regulator found, following an investigation—did not breach Swiss sanctions law, even though the bank pleaded guilty to violating the U.S.’s very different sanctions law.

The Government of Switzerland has a strong interest in regulating the acts of banks operating on Swiss territory according to standards established in Swiss legislation and regulations. It also has an abiding interest in preserving and promoting Swiss sovereignty and the integrity of Swiss law. The district court held that Swiss law governed Plaintiffs’ claims, because it determined that Switzerland had the greatest interest in this litigation, far outweighing any interest of the U.S. The Government of Switzerland’s interests extend to ensuring the correct application of Swiss law.

The Government of Switzerland has filed *amicus curiae* briefs on matters concerning Swiss sovereignty and law in other appeals. *See, e.g., ÖBB Personenverkehr AG v. Sachs*, 577 U.S. 27 (2015); *City of Pontiac Policemen’s & Firemen’s Ret. Sys. v. UBS AG*, 752 F.3d 173 (2d Cir. 2014); *Rothstein v. UBS AG*, 708 F.3d 82 (2d Cir. 2013).

In this case, the Government of Switzerland presented its concerns to the district court in a letter, dated September 2, 2025, submitted by the Swiss

Ambassador to the U.S. That letter explained how the prosecution of Plaintiffs’ claims “constitute[d] a challenge to Swiss sovereignty, seeking to interfere with the ability of Switzerland to regulate the conduct of its own nationals within its own territory.” Dkt. 937 at 3.² Emphasizing that the Government of Switzerland had “no independent knowledge of the underlying merits of the case” (*id.* at 2), the Ambassador conveyed to the district court Switzerland’s concerns that “U.S. sanctions regulations” were inappropriately being used to provide “a basis for Swiss tort liability” (*id.*) and that Articles 41 and 50(1) of the Swiss Code of Obligations (“SCO”)—the provisions governing Plaintiffs’ claims—were “being interpreted in a manner that actually conflicts with Swiss law.” *Id.* at 3.

Both of those concerns were, unfortunately, substantiated by the district court’s pre-trial rulings, its conduct of the trial, and the resulting judgment. As a result, the Government of Switzerland respectfully submits this brief.

² Citations to “Dkt.” refer to docket entries in the district court. Citations to “A__” refer to the Addendum to this brief.

SUMMARY OF ARGUMENT

The Government of Switzerland respectfully submits that the judgment below should be reversed for two independent, though related, reasons.

1. In this case, a New York jury adjudicated BNP Paribas liable in tort, supposedly under Swiss law, based on transactions the bank conducted in Switzerland—where they were lawful. The district court facilitated this anomalous result by permitting the jury to base its decision on the bank’s violations of U.S. sanctions law, while forbidding it from learning that the bank’s conduct was legal under Switzerland’s more targeted sanctions regime. Shortly before trial commenced, the Swiss Ambassador made the court aware of the Government of Switzerland’s concerns—including specifically about U.S. sanctions violations becoming the basis for supposed Swiss tort liability. Rejecting those concerns, the district court reaffirmed its position that the bank’s U.S. sanctions violations were relevant, but its compliance with Swiss sanctions was not. The resulting judgment, erroneously linking U.S. sanctions law with a flawed interpretation of Swiss tort law, affects important sovereign interests of Switzerland and undermines international comity.

2. Although the district court professed to apply Swiss tort law, in reality it created a new type of secondary liability that no Swiss court would ever recognize.

In effect, the court below invented a *faux*-Swiss cause of action that disregards several fundamental principles of actual Swiss tort law—ignoring or misconstruing basic conduct-regulating rules, causation requirements, and the applicable standards of proof. Unless corrected on appeal, the district court’s rulings will create a template for other plaintiffs, under the guise of pursuing claims under the laws of a foreign sovereign state, to manufacture and litigate in U.S. courts novel claims that bear, at most, a passing resemblance to the actual laws of the country that has—as the district court found here—the greatest interest in the matters being litigated.

ARGUMENT

I. IMPORTANT SOVEREIGN INTERESTS OF SWITZERLAND ARE AFFECTED WHEN U.S. COURTS ADJUDICATE A DEFENDANT LIABLE BASED ON SWISS CONDUCT THAT SWISS LAW PERMITS, PREMISING LIABILITY ON VIOLATIONS OF A U.S. SANCTIONS REGIME THAT DIFFERS MARKEDLY FROM SWITZERLAND’S

A. Introduction

It is the “general and almost universal rule ... that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done.” *Lab. Union of Pico Korea, Ltd. v. Pico Prods., Inc.*, 968 F.2d 191, 195 (2d Cir. 1992) (quoting *New York Cent. R.R. v. Chisholm*, 268 U.S. 29, 31 (1925) and *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 356 (1909)). “For another jurisdiction . . . to treat [the defendant committing such acts] according to

its own notions, rather than those of the place where [the defendant] did the acts, not only would be unjust, but would be an interference with the authority of another sovereign, contrary to the comity of nations, which the other state concerned justly might resent.” *Chisholm*, 268 U.S. at 31-32; *American Banana*, 213 U.S. at 356. Swiss courts apply a similar rule. *See* BGE [1950] 76 II 33, A9 (Swiss Federal Supreme Court held that under Art. 20 SCO, “[o]nly a breach of a Swiss legal provision can constitute unlawfulness”; it was immaterial that the contract was illegal in Romania).³

B. Relevant Swiss Sanctions Law, as Contrasted With U.S. Law

The conduct at issue here was the provision of banking services in Geneva, by a Swiss subsidiary of BNP Paribas. These services included facilitating money transfers and foreign-exchange transactions for Sudanese clients and providing letters of credit to finance Sudanese exports and imports. In its decision holding that Swiss—and not U.S., New York, or Sudanese law—governed Plaintiffs’ claims, the district court found that “almost all of” the bank’s allegedly actionable conduct occurred in Switzerland. Dkt. 151 at 10.

³ When citing Swiss cases, this brief provides an unofficial case name (where available), reporter, and citation to the relevant page of the document as docketed in the district court or in the Addendum to this brief.

That conduct was subject to Swiss law and regulation. The activities of BNP Paribas's Swiss subsidiary were subject to the supervision of the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA), which ensures that Swiss legal and regulatory requirements are satisfied.

Throughout the period relevant to the claims in this case (1997-2011), Switzerland adopted and implemented internationally imposed economic sanctions based on United Nations Security Council resolutions. Sanctions imposed by the United States or the European Union (of which Switzerland is not a member) that are not based on a United Nations Security Council resolution also may be adopted by Switzerland, on a case-by-case basis. Switzerland, as a sovereign state, thus pursues an independent sanctions policy, while remaining closely aligned with its partners. The legal basis for enforcement of Swiss sanctions is a Swiss federal statute, the Embargo Act.

In relation to Sudan, Switzerland imposed targeted sanctions on certain types of transactions—including an arms embargo on the sale, supply, and transfer of weapons or related material to Sudan—and froze the Swiss assets of certain designated non-state actors. At the relevant time, neither Switzerland, the United Nations nor the European Union restricted banking transactions with Sudan other

than transfers related to violations of the arms embargo or transfers to designated persons whose assets were frozen.

Switzerland's Sudan-related sanctions reflect its sovereign policy determination that targeted sanctions are "usually both more effective and have few or no side-effects on the civilian population or on third countries." Federal Department of Foreign Affairs, *Sanctions*, (Feb 1, 2026), <https://www.eda.admin.ch/en/un-sanctions> (last visited May 28, 2026). Through such targeted sanctions, the Government of Switzerland sought—and continues to seek—to ameliorate the dire humanitarian situation in Sudan while denying that country's government the means to harm the civilian population.

The U.S., while seeking to promote similar goals, adopted a different approach. As early as 1997, it imposed comprehensive economic sanctions on Sudan, including a near-total trade embargo that was not revoked until 2017. Exec. Order No. 13067, 62 Fed. Reg. 59989 (1997); *see generally* 31 C.F.R. § 546 (Sudan Stabilization Sanctions Regulations). It was this far broader sanctions regime that U.S. authorities concluded had been breached by BNP Paribas; in 2014, the bank pleaded guilty to charges relating to such violations.⁴

⁴ The Government of Switzerland does not condone BNP Paribas's violations of U.S. sanctions law. However, it notes that issues relating to the bank's failure to comply with U.S. law were resolved over a decade ago, through the bank's entry

FINMA, the Swiss financial regulator, investigated the conduct that led to BNP Paribas’s U.S. guilty plea, and “found no indication of Swiss sanctions having been breached.” Dkt. 528-132 at 3.⁵

C. The District Court Permitted the Jury to Find BNP Paribas Liable Based on U.S. Law Violations, While Precluding the Jury from Hearing Evidence that the Bank Complied with Applicable Swiss Law

On May 20, 2025, the district court ruled that BNP Paribas’s plea of guilty to charges of violating U.S. sanctions laws and related admissions were admissible at trial. Dkt. 701 at 1, ¶ 2(a); *see also* Dkt. 738 at 1 (June 18, 2025 order with detailed rulings as to which “precise statements . . . could be read to the jury”). This ruling inevitably permitted—indeed, encouraged—the jury to decide the case based not on (supposedly governing) Swiss law, but rather on U.S.-law considerations.

In a July 11, 2025 order, the district court ruled that the jury would not be permitted to learn that BNP Paribas’s transactions were lawful in Switzerland, because “Defendants’ compliance with the sanctions regulations of other nations is

of a guilty plea and the U.S. government’s imposition of substantial fines. Such violations of U.S. law, regardless of their seriousness, cannot properly form the basis for liability under Swiss tort law. *See infra* at 17-18.

⁵ Although the bank’s transactions did not violate Swiss sanctions law, FINMA found that BNP Paribas transgressed certain banking-supervisory regulations because it “exposed itself to unduly high legal and reputational risks and violated” certain corporate governance requirements. Dkt. 528-132 at 3.

not relevant to their failure to comply with United States sanctions laws” Dkt. 791 at 1, ¶ 1. This ruling had been presaged by earlier statements of the district court, to similar effect. *See, e.g.*, Dkt. 723-2 at 20:1-4 (May 20, 2025 conference) (“The fact that other countries did not have sanctions or different sanctions is not relevant to the question of whether there was conscious assistance.”); *id.* at 66:3-11 (“The fact that it may be allowed in Switzerland doesn’t mean that it can’t be forbidden in the United States the fact that something is legal in Switzerland does not give it immunity in the United States. It’s not relevant.”); Dkt. 914-6 at 44:8-9 (June 26, 2025 conference) (“The fact that it may be allowed somewhere else [*i.e.*, other than the U.S.] is not relevant.”). And at trial, when the bank’s counsel asked Plaintiffs’ sanctions-law expert witness whether Swiss law permitted banking with Sudan, apart from an arms embargo, the district court sustained an objection by Plaintiffs’ counsel and admonished the jury that the issues for trial “do[] not include what other countries have done.” Dkt. 1101 at 277:7-17.

D. The Swiss Ambassador’s Letter to the District Court and the Court’s “Order Responding” to the Ambassador

On September 2, 2025, His Excellency Dr. Ralf Heckner, Swiss Ambassador to the U.S., submitted to the district court on behalf of the Government of Switzerland a letter (the “Ambassador’s Letter”). Dkt. 937. Among other things, the Ambassador emphasized that Plaintiffs’ claims posed a challenge to Swiss sovereignty, because they were predicated on “transactions conducted from Switzerland that at the time were permissible under Swiss law.” *Id.* at 3. The Ambassador also explained that “[v]iolations of a U.S. sanctions regulation cannot serve as a basis to establish Swiss tort liability,” and that “it would offend Swiss sovereignty for a court to defer to or rely on the different and inconsistent law or administrative/regulatory measures of third countries, including those related to U.S. sanctions, particularly when the underlying transactions occurred in Switzerland.” *Id.*

The next day, the district court issued a short “Order Responding to Ambassador Heckner.” Dkt. 943. While asserting that it “respects the Ambassador and his views,” *id.* at 1, the district court failed to “accord respectful consideration” to his submission on behalf of the Government of Switzerland. *Animal Sci. Prods., Inc. v. Hebei Welcome Pharm. Co.*, 585 U.S. 33, 36 (2018).

In its order, the district court stated that BNP Paribas’s “plea of guilty, and accompanying admissions of facts . . . attest to [its] violations” of U.S. law, and explained that although “Swiss law will be applied by the jury,” the court considered it “not relevant if Defendants’ banking activities were permitted by Swiss law. The issue is whether Defendants, through their banking activities and violations of federal and New York State laws, consciously assisted the Government of Sudan in performing its illicit activities.” Dkt. 943 at 2. That not only incorrectly stated Swiss tort law, as explained below, but constituted an “interference with the authority of another sovereign, contrary to the comity of nations,” to which the Government of Switzerland “justly” objects. *American Banana*, 213 U.S. at 356.

II. IMPORTANT SOVEREIGN INTERESTS OF SWITZERLAND ARE AFFECTED WHEN U.S. COURTS PURPORTING TO APPLY SWISS LAW MISAPPREHEND SWITZERLAND’S REQUIREMENTS FOR TORT LIABILITY AND APPLICABLE STANDARDS OF PROOF

A. Introduction

A separate but related concern raised in the Ambassador’s Letter was also borne out by the trial of this action: that Articles 41 and 50(1) SCO⁶—which,

⁶ Citations to “SCO” refer to the Swiss Code of Obligations. All quotations from SCO provisions in this brief are from the translation into English provided on the internet by the Swiss Confederation at SR 220 *Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code*, (amended 2026), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en (last visited May 28, 2026). As noted on that webpage, the English translations are provided for

respectively, set out the basic conditions for Swiss-law tort liability and provide for joint and several liability when multiple parties commit a tort through concerted action—might be “interpreted in a manner that actually conflicts with Swiss law.” Dkt. 937 at 3. The district court issued pre-trial rulings and ultimately charged the jury inconsistently with several basic Swiss tort law principles. In effect, the district court devised a novel cause of action, the contours of which depart, in several important ways, from the law applied by Swiss courts.

The Government of Switzerland notes that the district court declined an opportunity to avoid the risk of misapplying Swiss law. Had that court granted BNP Paribas’s motion for *forum non conveniens* dismissal, Plaintiffs could have proceeded in a Swiss court, where a judge familiar with and experienced in the application of Articles 41 and 50(1) SCO would have adjudicated the case, subject to appeals within the Swiss judicial system.⁷ Having exercised its discretion to deny

information purposes only; versions of the SCO in Switzerland’s official languages are linked on the webpage.

⁷ This Court has held dismissal on this basis appropriate where the U.S. “has virtually no interest in resolving the truly disputed issues.” *Murray v. British Broadcasting Corp.*, 81 F.3d 287, 293 (2d Cir. 1996). *See, e.g., Stevenson v. Thornburgh*, 2026 WL 276584, at *2 (2d Cir. Feb. 3, 2026) (summary order) (affirming *forum non conveniens* dismissal of Swiss-law claims where “the conduct at issue and dispute were ‘overwhelmingly Swiss in nature’”) (citation omitted). The district court, in its choice-of-law decision, concluded that New York and the U.S. had “[l]ittle [i]nterest in [t]his [l]itigation.” Dkt. 151 at 11, 14.

the *forum non conveniens* motion (Dkt. 338), the district court undertook what can be a difficult task for American lawyers and judges. “Reasoning through foreign law is notoriously difficult, because the U.S. reader is likely to miss nuances in the foreign law, to fail to appreciate the way in which one branch of the other country’s law interacts with another, or to assume erroneously that the foreign law mirrors U.S. law when it does not.” *Menghistab v. Garland*, 37 F.4th 1240, 1246 (7th Cir. 2022) (D. Wood, J.) (citation and internal quotation marks omitted). These risks are particularly acute where, as here, the other country is a civil-law jurisdiction. *See, e.g., Curley v. AMR Corp.*, 153 F.3d 5, 15 (2d Cir. 1998) (explaining that New York and Mexican “conduct[-]regulating rules” conflicted “due to the differences between common law and civil law requirements for establishing tort liability”).

As explained below, the district court misapprehended the law of Switzerland in several important respects. As a result, that court applied, and instructed the jury to apply, rules that did not accurately reflect the conduct-regulating rules of Swiss tort law, Swiss-law causation requirements, and the applicable standards of proof. Unless corrected on this appeal, these serious errors challenge the integrity of Swiss law.

B. The District Court Fundamentally Misapplied Articles 41 and 50(1) of the Swiss Code of Obligations

1. The District Court Overlooked that Article 50(1) Does Not Provide an Independent Basis for Tort Liability, Which Must Be Based on Article 41

The SCO provisions relevant to this case are Articles 41 and 50(1). Article 41 specifies the “conditions of liability” in tort. Art. 41(1) SCO, Dkt. 171-4 at 3-4. It provides: “Any person who unlawfully causes damage to another, whether willfully or negligently, is obliged to provide compensation.” *Id.* The requirements for liability under Article 41 therefore are: (1) unlawful conduct by the defendant;⁸ (2) damage to the plaintiff(s); (3) that defendant’s conduct was the natural and adequate cause of the damage; and (4) the defendant’s fault (*i.e.*, willfulness or negligence).

Article 50(1) provides for “joint and several” liability “[w]here two or more persons have together caused damage, whether as instigator, perpetrator or accomplice.” *Id.* at 5. Unlike Article 41(1), which sets out the “conditions for liability” in tort, Article 50(1) presupposes that “two or more persons” acting “together,” have “caused damage” to one or more plaintiffs and then specifies how

⁸ BNP Paribas’s violations of banking-supervisory regulations, as found by FINMA (*see supra* at 8-9 n.4), do not support a claim for tort liability under Article 41 SCO. *See* Dkt. 528-98, at 35-37, ¶¶ 117-121 (Müller Decl.); *cf. Money Laundering*, BGE [2017] 143 III 653, Dkt. 444-119 at 3, ¶ 4.3.2.2 (Federal Supreme Court states that violations of the Swiss Money Laundering Act do not give rise to Article 41 civil liability).

liability is apportioned among the tortfeasors—*i.e.*, jointly and severally, whether the defendant is instigator, perpetrator or accomplice. The Swiss Federal Supreme Court has explained that “[j]oint and several liability implies a preceding liability: a person who is not liable for damage cannot be held jointly and severally liable.” *Work Contract*, BGE [2004] 130 III 362, Dkt. 530-18 at 6, ¶ 5.2 (analyzing Article 51 SCO by analogy to Article 50).⁹

Article 41(1) thus provides a conduct-regulating rule, while Article 50(1) furnishes a loss-allocating rule applicable to tortfeasors that acted together to cause damage to plaintiff(s). Article 50(1) “only stipulates that several participants are jointly and severally liable for damage caused collectively,” and “presupposes” civil-law liability. *Swisscom*, BGE [2019] 145 III 72, Dkt. 708-13 at 4, ¶ 2.2.1. Thus, an alleged accomplice is not jointly and severally liable with an alleged main perpetrator unless all the elements of Article 41(1) liability are satisfied as to both the supposed accomplice and the main perpetrator. Article 50(1) SCO therefore does not provide an independent basis for tort liability; an alleged accomplice can only

⁹ The contrary position of Plaintiffs’ expert, Professor Werro, that Art. 50(1) SCO itself provides an “independent basis of accomplice liability,” Dkt. 923-3 at 12-29, ¶¶ 26-63 (Mar. 2023 Werro Decl.), is a minority view of academic writers that is unsupported by case law and inconsistent with the majority of Swiss academic opinion. *See* Dkt. 444-102 at 4-6, ¶¶ 11-18 (Romy Decl.).

be jointly and severally liable if it independently (while acting together with the main perpetrator) committed an unlawful act that caused injury to plaintiffs.

The district court, however, misconstrued Article 50(1) as “provid[ing] for secondary tort liability.” Dkt. 193 at 4 (denying motion to dismiss). As a result, the jury was not required to find that BNP Paribas itself had committed a tort before adjudicating the bank liable. Instead, it was free to impose liability in disregard of basic requirements of Swiss tort law.

2. The District Court Overlooked That Tort Liability Cannot Exist Under Article 41 Unless the Defendant Committed an Act that is Unlawful Under Swiss, Not U.S., Law

The district court’s erroneous assumption that Swiss law permitted the liability of an alleged accomplice even if its own conduct was not unlawful under Article 41(1) SCO may have led it to make a further error: imposing tort liability, purportedly under Swiss law, based on Swiss conduct that was *lawful* in Switzerland. As noted *supra* at 15, unlawfulness is an essential element of tort liability under Article 41(1) SCO. And for such liability to attach, as the Ambassador’s Letter explained, the defendant must have committed an act that was “unlawful within the meaning of Swiss law.” Dkt. 937 at 3. This is consistent with Swiss law principles more generally, as evidenced by the Swiss Federal Supreme Court’s decision, BGE [1950] 76 II 33, ¶ 7, A8-9 (construing Art. 20(1) SCO, which relates to contractual obligations): “Only a breach of a *Swiss* legal provision can constitute unlawfulness

within the meaning of the aforementioned provision. For where domestic legislation refers to law and statute, this can naturally only be understood to mean *domestic* law and statute.” (Emphasis added).

Plaintiffs did not even allege that BNP Paribas’s Swiss conduct violated Swiss law. Nor could they. As explained above (and as the Swiss regulator FINMA found), Swiss sanctions law did not prohibit the bank’s transactions with Sudan. *See supra* at 8-9.

The district court failed to instruct the jury that, to find BNP Paribas liable, it had to find that its conduct violated Swiss law. Instead, the court permitted the jury to premise the bank’s liability on violations of U.S. sanctions law. The resulting judgment not only affects important sovereign interests of Switzerland, *see supra* at 5-12, but cannot be reconciled with the foundational requirement that the defendant have committed an act that was unlawful under Swiss law.

3. The District Court Overlooked that an Alleged Accomplice Cannot Be Jointly and Severally Liable Unless the Alleged Main Perpetrator Could Be Held Liable Under Article 41

Even if, counterfactually, Article 50(1) did create an independent basis for tort liability, the district court overlooked another fundamental aspect of Swiss law—that an alleged accomplice cannot be held jointly and severally liable in tort unless the alleged main perpetrator committed acts for which it could be held liable under Swiss tort law. *See, e.g., Swisscom*, Dkt. 708-13 at 4, ¶ 2.2.1 (under Art. 50(1) SCO, “[t]he joint and several liability of participants for damages presupposes such responsibility and thus the illegality of participant behavior.”); *Work Contract*, Dkt. 530-18 at 6, ¶ 5.2 (“Joint and several liability implies a preceding liability: a person who is not liable for damage cannot be held joint[ly] and severally liable.”). Not surprisingly, then, Plaintiffs’ Swiss-law expert explained that Plaintiff’s theory was that the Government of Sudan as main perpetrator committed “illicit acts that are actionable in Swiss law.” Dkt. 174 at 4, ¶ 5 (July 2020 Werro Decl.).

Although the Ambassador’s Letter emphasized this requirement (Dkt. 937 at 3), the district court ignored it, allowing the case to go to the jury even though the Government of Sudan could not have been held jointly and severally liable under Articles 41 and 50(1). As the Ambassador’s Letter stated, Article 41 SCO creates a private-law obligation that does not impose liability on the acts of foreign sovereigns. *Id.* To be sure, sovereign states may be subject to international public

law obligations, and Switzerland has signed and ratified the Rome Statute of the International Criminal Court. But this does not change the fact that foreign sovereigns' conduct, particularly on their own territory (and not in Switzerland), is not subject to private-law obligations under Article 41 SCO, and cannot be the basis for holding them and their alleged accomplices jointly and severally liable under Articles 41 and 50(1) SCO.

The district court, moreover, failed to instruct the jury that Plaintiffs were required to prove that the Government of Sudan committed an actionable tort under Swiss law, instead charging only that “Plaintiffs must prove by a preponderant likelihood that the [G]overnment of Sudan committed human rights violations....” Dkt. 1071 at 1625:8-11. The jury was thus invited to render a verdict that was not grounded in Swiss tort law.

4. The District Court Failed to Properly Instruct the Jury on Conscious Assistance and Knowledge Under Swiss Law

According to the Swiss Federal Supreme Court, the conscious assistance requirement for joint and several tort liability requires that the accomplice and perpetrator “must have cooperated consciously” to commit the tort; the facts must show that they “acted in concert with respect to the harmful act.” *Locksmith*, BGer Sept. 20, 2007, 4A_185/2007, Dkt. 460-13 at 11-12, ¶ 6.2.1. The accomplice, moreover, must make “a legally relevant contribution” to the main perpetrator’s

unlawful act. *Swisscom*, Dkt. 708-13 at 3, ¶ 2.1. As the Ambassador explained in his letter to the district court, a finding of liability must be predicated on the alleged accomplice’s provision of “a willful and substantial assistance to the unlawful act that injured the plaintiff at issue, not generalized assistance to the perpetrator.” Dkt. 937 at 3; *see also Father Son Robbery*, BGer [Federal Supreme Court] Mar. 28, 2011, 4A_573/2010, Dkt. 530-19 at 10, ¶ 5 (holding that an alleged accomplice was not jointly and severally liable to pay damage for an act of another where he possibly “knew, or could have known,” but was not “personally involved in,” that act).

The district court, however, ignored all this, and instead instructed the jury that Plaintiffs were required to prove only that BNP Paribas “knew or should have known that the banking and financial services it was providing to the [G]overnment of Sudan was contributing to the [G]overnment of Sudan’s human rights violations,” Dkt. 1071 at 1624:15-18, 1625:18-22, and that “[t]o know that the [G]overnment of Sudan was engaged in human rights violations is to be consciously aware that it was happening.” *Id.* at 1625:23-25. The district court did not require the jury to connect particular “human rights violations” either to specific transactions or services furnished by the bank or to any Plaintiff’s injuries.

The district court’s jury instructions failed to accurately convey the requirements of Swiss law as to conscious assistance and knowledge. To be liable

as an accomplice under Swiss law, the bank must have consciously contributed to specific acts of the Government of Sudan, unlawful under Swiss law, that harmed particular Plaintiffs. It is insufficient that the bank might have known that its transactions might have generally been helpful to the Government of Sudan, or even to unspecified “human rights violations,” factually untethered to Plaintiffs’ claimed injuries. The jury, however, was permitted to find liability under an imprecise standard that is alien to Swiss law.

5. The District Court Failed to Properly Instruct the Jury on the Natural and Adequate Causation Requirements Under Swiss Law

The district court recognized that under Swiss law, an accomplice’s conduct is not actionable unless it was both a “natural” and an “adequate” cause of Plaintiffs’ injuries. Dkt. 193 at 12 (denying motion to dismiss). The court’s charge, however, failed to accurately explain either concept to the jury.

“Natural” Causation. According to the Swiss Federal Supreme Court, “[a] natural causal relationship exists if the [allegedly] damaging action represents a necessary condition (*conditio sine qua non*) for the damage that has occurred.” *Boat Collision*, BGer Mar. 22, 2011, 4A_444/2010, Dkt. 533-61 at 5, ¶ 2.1. An act is a “natural” cause of a tort if its “contribution is indispensable for achieving the final result.” *Id.* at 9, ¶ 4.4. “Natural” causation is absent, however, if “the damage would have occurred in full or to a lesser extent even without” the defendant’s

conduct. *Id.* Further, natural causation “must be rejected” where “in addition to the alleged probable cause, there are other just as probable or even more probable causes.” *Id.* at 6, ¶ 2.1.

The district court’s charge misstated the requirements for natural causation. Instead of requiring the jury to find that the injuries to Plaintiffs would not have occurred absent BNP Paribas’s banking transactions, the court instructed that it would suffice if Plaintiffs’ “injuries more likely occurred because the bank financed the [G]overnment of Sudan, or that their injuries occurred in a different manner or magnitude because of [BNP Paribas’s] actions.” Dkt. 1071 at 1627:6-8. The court also instructed the jury that natural causation meant that “the human rights violations of the plaintiffs would not have occurred *in the same way* or *in the same magnitude* without the banking and financing services” provided by defendants. *Id.* at 1626:24-1627:2 (emphasis added). The jury was thus improperly permitted to find “natural” causation even if “the damage would have occurred in full or to a lesser extent” without the bank’s actions. *Boat Collision*, Dkt. 533-61 at 9, ¶ 4.4.

“Adequate” Causation. As a leading treatise explains, “adequate” causation is required because causal chains “can continue indefinitely”; if courts “were to consider only the actual causation, liability would become boundless.” Willi Fischer, Anna Böhme, Fabian Gähwiler, Orell Füssli Commentary on the Swiss

Code of Obligations Article 41 (2023), A47, ¶ 3.2. “The aim is to limit liability to those causes that can . . . reasonably be expected,” and are described as “adequate.” *Id.* The Swiss Federal Supreme Court has stated that “[t]he legal policy purpose behind the adequacy requirement is to limit liability. . . . It serves as a corrective factor to the concept of causes in science, which may need to be restricted in order to be acceptable for legal responsibility.” *Swisscom*, Dkt. 708-13 at 7, ¶ 2.3.1.

The “adequacy” requirement, properly applied, protects against imposing tort liability based on attenuated causal chains. For example, in the *Swisscom* case, the Swiss Federal Supreme Court—rejecting “system liability”—held that an internet service provider could not be held liable for copyright infringement for providing access to allegedly infringing content. *Id.* at 9, ¶ 2.3.2. As the Ambassador’s Letter, citing that case, explained to the district court, “there must be a specific causal link between the defendant’s conduct and the plaintiff’s individual injury” to support Swiss tort liability. *See also Somatoform*, BGE [2016] 142 III 433, Dkt. 444-118 at 7, ¶ 4.8 (cautioning that “a generalizing attribution would not lead to a reasonable limitation of liability”).

The district court’s instructions failed to convey these concepts to the jury. The jurors were instead told that Plaintiffs had to prove only “that it was reasonably foreseeable that banking and financing services provided by a major international

bank to the [G]overnment of Sudan would result in a greater likelihood or greater intensity of human rights violations and thereby plaintiffs’ damages. Dkt. 1071 at 1627:13-17. This formulation was far too general. The jury instead should have been instructed to determine whether there was a reasonably foreseeable connection between the particular banking services provided by BNP Paribas to the Government of Sudan and the individual injuries sustained by Plaintiffs. In effect, the district court’s instruction licensed the jury to impose “system liability” (rejected in *Swisscom*) based on a “generalizing attribution” (cautioned against in *Somatoform*)—*i.e.*, that because the bank provided financial services generally to the Government of Sudan, it was more likely that Sudan would commit human rights violations. That is inconsistent with Swiss law.

C. The District Court Failed to Properly Instruct the Jury as to the Standard of Proof Required to Support Liability Under Swiss Law

As explained in the Ambassador’s Letter (Dkt. 937 at 3-4), a plaintiff alleging tort liability in Switzerland must establish each required element under the “full conviction” (also known as “strict proof”) standard, except that one aspect of the causation element, natural causation (discussed *supra* at 22-23), is governed by a “preponderant likelihood” standard. *Insurance Contract*, BGE [2004] 130 III 321, Dkt. 813-3 at 6, ¶ 3.2; *Delayed Stroke Treatment*, BGer [Federal Supreme Court], May 15, 2024, 4A_401/2023, Dkt. 813-5 at 10, ¶ 6.1.1.

In a limited category of cases, the burden of proof may be reduced to the “preponderant likelihood” standard for certain elements, provided there is a “state of evidentiary necessity.” *Insurance Contract*, Dkt. 813-3 at 6, ¶ 3.2. The “condition” for this exceptional “easing of the burden of proof” is “fulfilled when strict proof is either impossible or unreasonable by the nature of the case—especially when the facts asserted by the burdened party can only be proven indirectly through circumstantial evidence.” *Id.* But “evidentiary necessity” is not satisfied by “[m]ere difficulties in proving facts in a particular case”—for example, because of “the party’s lack of evidence” meeting the higher standard. *Id.*

The default “full conviction” standard requires that the finder of fact “no longer has serious doubts about the existence of the asserted fact or if any remaining doubts appear negligible.” *Id.* Most Swiss legal scholars equate this to a confidence level of at least 90%, which is consistent with decisions of certain cantonal Supreme Courts, including the Zurich Supreme Court. Dkt. 813-1 at 8-9, ¶ 28 (Müller Decl.).

The “preponderant likelihood” standard, although less stringent than “full conviction,” is nevertheless more demanding than the similarly-named (but very different) U.S.-law “preponderance of the evidence” standard. In Swiss law, a fact is proven to the “preponderant likelihood” standard “if, from an objective point of view, there are sufficiently strong reasons supporting its truth that other conceivable

possibilities can no longer reasonably be considered.” *Employment Insurance*, BGer [Federal Supreme Court], Jan. 19, 2021, 4A_424/2020, Dkt. 813-9 at 10, ¶ 4.1; *see also Coffee Maker*, BGE [2006] 133 III 81, Dkt. 708-20 at 5-6, ¶ 4.2.2. (“Preponderant likelihood assumes that, from an objective point of view, there are significant reasons to believe that a claim is accurate, without other possibilities being of significant importance or reasonably coming into consideration”).

In contrast to the U.S. “preponderance of the evidence” standard—which has been quantified as “50+% probable,” *United States v. Gigante*, 94 F.3d 53, 56 (2d Cir. 1996)—for “preponderant likelihood,” the Swiss Federal Supreme Court has approvingly cited legal scholars’ assessment that “a 51% probability [is] not sufficient, and that a significantly higher degree of probability should be applied: a degree of 75% was cited.” *Delayed Stroke Treatment*, Dkt. 813-5 at 13, ¶ 6.4; *see also Employment Insurance*, Dkt. 813-9 at 10, ¶ 4.1 (similar).

Although the district court correctly determined that Swiss law supplied the applicable standards of proof,¹⁰ it misapplied that body of law in two significant ways. *First*, it selected “preponderant likelihood” as Plaintiffs’ standard of proof for each element of Article 50(1) SCO, rather than the higher “full conviction” standard,

¹⁰ *See* Dkt. 951 at 3 (“Since the burden of proof is considered substantive, and since Swiss law governs substantive matters, Swiss law . . . will define the burden of proof”).

Dkt. 951 at 4, and instructed the jury accordingly. *See* Dkt. 1071 at 1624:8-11. This was inconsistent with the general position under Swiss law. *See supra* at 25-26. The district court justified this departure on the ground that Plaintiffs labored under an “evidentiary hardship,” Dkt. 951 at 4, but this ruling did not adhere to Swiss precedent. The district court did not make the findings that Swiss law requires before easing Plaintiffs’ burden, *see supra* at 26, but instead lightened their burden as to all elements out of concern that “[a]ny effort to apply different standards to different proofs will more likely confuse the jury than assist it in delivering a true verdict.” Dkt. 951 at 4. There is no support in Swiss law for this decision.

Second, the district court’s “preponderant likelihood” charge was inconsistent with Swiss law. The court instructed the jury that this meant “more likely than not that the event occurred, and that other explanations do not reasonably explain the event.” Dkt. 1071 at 1624:23-25. Although that might have been a correct statement under the U.S. “preponderance of evidence” standard, it significantly understated the higher Swiss standard, which is not satisfied by such a “more likely than not” approach, but instead requires “a significantly higher degree of probability,” on the order of 75%. *Delayed Stroke Treatment*, Dkt. 813-5 at 13, ¶ 6.4.¹¹

¹¹ BNP Paribas argues that, if the judgment below is not reversed, the jury’s damages awards should nonetheless be reduced. The Government of Switzerland takes no position on this issue, as Swiss law provides no basis to

D. Unless Corrected on Appeal, the District Court’s Misapplication of Swiss Law Poses Dangers to Swiss Sovereign Interests and the Integrity of Swiss Law

As explained above, the district court’s misunderstanding of Articles 41 and 50(1) SCO led it to create a novel cause of action that, although nominally based on Swiss law, differs significantly from any tort claim that a Swiss court would recognize. Allowing the judgment below to stand could set a “precedent” that, although not binding on Swiss courts, nevertheless adversely affects Swiss sovereign interests and the integrity of Swiss law.

Such a “precedent” encourages other potential plaintiffs—who are already motivated to sue in the U.S. for structural reasons (*e.g.*, access to contingency-fee lawyers, class actions, jury trials)—to bring “Swiss law” tort claims challenging business entities’ activities in Switzerland in U.S., rather than Swiss courts, to take advantage of the district court’s distortions of actual Swiss-law standards in this case. This affects sovereign interests of Switzerland, which (as the district court properly recognized) has the greatest interest in the adjudication of private civil claims arising from commercial or financial activities on Swiss territory. Switzerland is logically

sustain a liability finding in this case. If, however, the Court reaches this issue, it should be aware that Swiss law does not permit awards of punitive damages and that Swiss courts considering assessing “moral damages” take care to ensure that such awards, which are generally more modest than the damages available in U.S. tort law, are not excessive when compared with awards made in similar Swiss cases.

the proper forum for such litigation, but the alternative path to liability established by the district court creates a powerful incentive to divert claims to the U.S.

CONCLUSION

For the foregoing reasons, the Government of Switzerland as *amicus curiae* respectfully submits that the judgment below should be reversed.

Dated: New York, New York
May 29, 2026

Respectfully submitted,

HERBERT SMITH FREEHILLS
KRAMER (US) LLP

By: /s/ Marc J. Gottridge
Marc J. Gottridge
1177 Avenue of the Americas
New York, New York 10036
(212) 715-9100
marc.gottridge@hsfkramer.com

*Counsel for Amicus Curiae
Government of Switzerland*

CERTIFICATE OF COMPLIANCE

1. This brief complies with the type-volume limitations of Fed. R. App. P. 32(a)(7)(B) because the brief contains 6,707 words, excluding the parts of the brief exempted by Fed. R. App. P. 32(f).

2. This brief complies with the typeface requirements of Fed. R. App. P. 32(a)(5) and the type-style requirements of Fed. R. App. P. 32(a)(6) because this brief has been prepared in a proportionally spaced typeface using Microsoft Word 365 in Times New Roman 14-point font.

Dated: May 29, 2026

/s/Marc J. Gottridge

*Counsel for Amicus Curiae
Government of Switzerland*

CERTIFICATE OF SERVICE

I hereby certify that on May 29, 2026, I caused the foregoing brief to be electronically filed with the Clerk of the Court for the United States Court of Appeals for the Second Circuit by using the appellate CM/ECF system. All participants are registered CM/ECF users, and will be served by the appellate CM/ECF system.

Dated: May 29, 2026

/s/Marc J. Gottridge

*Counsel for Amicus Curiae
Government of Switzerland*

Addendum

**ADDENDUM
TABLE OF CONTENTS**

	Page
BGE [1950] 76 II 33 – Swiss Federal Supreme Court Decision (original and certified translated version).....	A1
Orell Füssli Commentary on the Swiss Code of Obligations Article 41 (original and certified translated version).....	A24

A1



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Embassy of Switzerland in the United States of America

Washington, D.C., May 22, 2026

Translation Certification

To Whom It May Concern:

I, Sally Hudson Dill, a professional translator employed by the Embassy of Switzerland in the United States of America, hereby declare that the following document, which I prepared, is a true, full, and accurate English translation of the accompanying document in German.

Document name: BGE 76 II 33

Sally Hudson Dill

Sally Hudson Dill

VI. CODE OF OBLIGATIONS

CODE OF OBLIGATIONS

6. Judgment of the First Civil Division of 28 February 1950

- in re Suleyman v Tungsram Elektrizitäts A.-G.

- *Private international law. Guarantee contract; unlawfulness, immorality.* Art. 111, 20 OR.
- Determination of the law governing the substantive validity of a promise of guarantee (para. 1-3)
- Effect of the simulation of the underlying transaction (para. 4).
- Effect of the fact that the promise of guarantee is intended to secure the execution of a foreign exchange transaction prohibited under foreign law (para. 5-8).
- Unlawfulness within the meaning of Art. 20 CO assumes a breach of Swiss law (para. 7).
- Conditions under which a breach of a foreign legal provision constitutes a violation of public morality within the meaning of Art. 20 CO; denied in the case of a breach of foreign exchange regulations (para. 8).
- *Private international law. Guarantee contract; unlawfulness, immorality.* Art. 111, 20 OR.
- Determination of the law governing the substantive validity of a promise of guarantee (para. 1-3).
- Effect of the simulation of the underlying transaction (para. 4).
- Effect of the fact that the promise of guarantee is intended to secure the execution of a foreign exchange transaction prohibited under foreign law (para. 5-8)
- Unlawfulness within the meaning of Art. 20 CO assumes a breach of Swiss law (para. 7)
- Conditions under which a breach of a foreign legal provision constitutes a violation of public morality within the meaning of Art. 20 CO; denied in the case of a breach of foreign exchange regulations (para. 8).

Swiss Code of Obligations. No. 6.

Private international law. Guarantee contract; unlawfulness, immorality.
Art. 111, 20 OR

Determination of the law governing the substantive validity of a promise of guarantee (para. 1-3)

Effect of the simulation of the underlying transaction (para. 4)

Effect of the fact that the promise of guarantee is intended to secure the execution of a foreign exchange transaction prohibited under foreign law (para. 5-8)

Unlawfulness within the meaning of Art. 20 CO assume a breach of Swiss law (para. 7)

Conditions under which a breach of a foreign legal provision constitutes a violation of public morality within the meaning of Art. 20 CO; denied in the case of a breach of foreign exchange regulations (para. 8).

A. — In March 1943, the company Vereinigte Glühlampen- und Elektrizitäts-A.-G. (VGE), domiciled in Hungary, agreed with Suleyman, who was then resident in Romania, to transfer to him a credit balance of 10 million lei which it held in Romania, in return for payment of the sum of CHF 43,000, which Suleyman had at his disposal in Zurich. Under Romanian foreign exchange regulations, trading in foreign currency was reserved for the Romanian National Bank and the transfer of foreign currency required authorisation. To circumvent these regulations, a fictitious transaction was concluded whereby VGE arranged a fictitious loan of 10 million lei for Canepa, a company belonging to Suleyman, at Banca Ardeleana in Romania. In the event that Suleyman were to be held liable for repayment of this fictitious loan, Tungsram-ElektrizitätsA.-G. in Zurich, which belonged to the same group as VGE, issued a guarantee to indemnify him.

Banca Ardeleana transferred the loan to Banca Generala. In 1944, Suleyman moved to Turkey and sold his company Canepa. As the buyers demanded repayment of the loan debt from Banca Generala, Suleyman asked the bank to confirm that it was a fictitious loan that could not be

Swiss Code of Obligations. No. 6.

reclaimed. The bank refused to provide this confirmation. According to Suleyman's account, the buyers of his company therefore withheld 11 million lei from the purchase price and transferred it to the bank to repay the alleged loan.

B — In the present action, Suleyman held Tungsram Elektrizitäts-A.-G. liable, relying on its promise of guarantee, for the loss of CHF 48,648.65 which he had incurred as a result of the repayment of the loan.

The defendant contested its obligation to pay, arguing that the conditions for the guarantee claim had not been met.

C — In its judgment of 19 January 1949, the Commercial Court of Zurich dismissed the claim on the grounds that the guarantee contract concluded by the parties was void due to its connection with the equally void foreign exchange transaction between the plaintiff and VGE.

D. — By the present appeal, the plaintiff again seeks a declaration that the claim is well founded, or alternatively, that the case be remitted to the lower court for further evidence to be taken and a new decision to be made.

The defendant seeks the dismissal of the appeal and the confirmation of the contested decision.

The Federal Supreme Court takes the following considerations into account:

1. — Since one party to the legal dispute is a foreign national not resident in Switzerland and the legal relationship is connected with further business transactions that took place abroad, the question of the applicable law arises first; for only a breach of Swiss law may be challenged on appeal (Art. 43 OG), and the Federal Supreme Court is therefore competent only to review this.

2. — The legal transaction in dispute constitutes, under Swiss law—which, as the *lex fori*, is decisive for this qualification of the connecting

Swiss Code of Obligations. No. 6

factor— a guarantee contract within the meaning of Art. 111 of the Swiss Code of Obligations, as the lower court correctly held. The defendant guaranteed to the plaintiff the service of a third party, the Romanian bank acting as the credit provider, and this service was to consist of a particular act, namely the non-assertion of the claim for repayment of the loan allegedly granted to the plaintiff. In the event that the third party, i.e. the bank, failed to provide this service but instead asserted the loan claim, the defendant assured the plaintiff that it would compensate him for the resulting loss.

3. — In the view of the lower court, this guarantee contract is therefore void because it contains unlawful, and possibly immoral, provisions. According to the established case law of the Federal Supreme Court, whether a contract contravenes the law or public policy on account of its content is assessed in accordance with the law of the place of conclusion, without regard to any divergent intention of the parties (BGE 64 II 349, 46 II 493). In this case, Zurich is to be regarded as such; for it was there that the defendant issued the disputed guarantee declaration, and it was there that it was accepted by the Swiss Bank Corporation as the plaintiff's representative. The validity of the guarantee contract must therefore be assessed under Swiss law. Incidentally, the result would be the same if one were to follow the trend in recent literature and assume that the existence and effects of a contractual legal relationship are governed by one and the same law, namely, in the absence of an express agreement between the parties, by the law of the place of performance of the obligation characteristic of the type of contract in question (cf. on this issue OSER-SCHÖNENBERGER, *Allgemeine Einleitung*, para. 67ff.; WIDMER, *Die Bestimmung Des Massgeblichen Rechtes Im IPR*, pp. 98ff., in particular pp. 110ff.; SCHNITZER, *Handbuch des IPR*, 2nd ed., Vol. 2, pp. 513ff.). For the characteristic performance within the meaning of this doctrine, in the case of a guarantee contract, which is a unilaterally onerous contract,

Swiss Code of Obligations. No. 6

consists of the guarantor's promise of guarantee, and the place of performance of this obligation, in the present case, as it is connected with the promisor's business activities, is to be regarded as the location of its place of business, namely Zurich.

4. — The defendant's guarantee, governed by Swiss law, is connected with a credit agreement between Banca Ardeleana and the plaintiff. According to the unanimous account of the parties to the dispute, this transaction was not intended to be genuine, but was concluded with the involvement of VGE solely to conceal the transaction that was actually intended, namely the exchange of Swiss francs for Romanian lei agreed between the plaintiff and VGE. In view of this, the lower court declared the credit agreement, which was concluded merely for appearance's sake, to be void. This decision is binding on the Federal Supreme Court, as the transaction concluded in Romania between a Romanian bank and a Romanian company is undoubtedly governed by Romanian law, which the Federal Supreme Court is not in a position to review. Where the lower court invokes the Swiss statutory provision on simulation, Art. 18 of the Swiss Code of Obligations (CO), this is clearly to be understood as an application of Swiss law as a substitute for the relevant foreign law.

Neither the parties nor the lower court were wrong to assume that the nullity of the credit transaction based on simulation also entails the nullity of the defendant's related promise of guarantee. Unlike a suretyship, a guarantee contract within the meaning of Art. 111 of the Swiss Code of Obligations (CO) is not of an accessory nature; it therefore does not require a valid underlying transaction. Rather, it constitutes an independent promise of service that is, in principle, independent of the promised service by the third party (BGE 64 II 350, 56 II 381). A restriction exists only insofar as the promised service by the third party may not itself be unlawful or immoral.

If this is the case, the promise of guarantee is also void; for it cannot be tolerated that a claim for damages should be derived from the failure to perform an act that is illegal or immoral. However, the third party's service at issue here—namely, to abide by the agreement of simulation and not to assert the claim for repayment based on the feigned credit transaction—is neither immoral nor unlawful according to the relevant Swiss legal doctrine. On the contrary, the third party's promised conduct was in accordance with the legal system, since, under that system, simulated legal transactions are void, so that their performance cannot be demanded and any services rendered on the basis of these transactions may be reclaimed. The guarantee, given with full knowledge of the facts, for the continued observance of the simulation agreement is therefore valid. The nullity of the latter does not affect the validity of the guarantee contract to the extent that this is the case with a guarantee for an impossible service; according to case law and legal literature, such a guarantee may also be validly provided (BGE 72 I 278 and the literature cited therein, as well as OSER-SCHÖNENBERGER, N. 7 on Art. 111 OR).

5. — The lower court considers the guarantee contract to be void because it was concluded to enable the exchange of lei for Swiss francs between VGE and the plaintiff, which, under the applicable Romanian law, was unlawful due to a breach of the foreign exchange legislation there. In the view of the lower court, this unlawfulness must also be taken into account by the Swiss court, even though it concerns a breach of provisions of foreign public law. Swiss judges must indeed take such matters into account where provisions are at issue through which foreign law imposes obligations on those subject to it, the fulfilment of which is also required by the Swiss law within the scope of its application,

and in so far as the foreign provision, by virtue of its significance, also merits consideration in Switzerland. The lower court is willing to allow an exception only in respect of such foreign provisions which are intended solely for the country's own nationals, which are directed against other states or their nationals, or which ultimately contravene Swiss public policy. The lower court considers all these positive and negative conditions to be fulfilled with regard to the Romanian foreign exchange regulations at issue here; in any event, the plaintiff has not demonstrated the contrary. The unlawfulness of the foreign exchange transaction necessarily also entails the nullity of the defendant's promise of guarantee, which is inseparably linked to it. Alternatively, the lower court takes the view that the guarantee agreement is void because the circumvention of foreign legal provisions intended thereby must also be regarded as contrary to public morality under Swiss law.

6. — The lower court assumed the nullity of the foreign exchange transaction and, consequently, of the guarantee contract, without this having been asserted by the defendant, and it also failed to give the parties an opportunity to comment on these issues and the relevant facts. It can, however, be left open whether this approach is compatible with the parties' right to adduce evidence and make assertions, which arises from Article 8 of the Swiss Civil Code as a corollary to the burden of proof. For, apart from the fact that the plaintiff, who is affected here by a possible breach of this principle, has not raised any objection in this regard, the lower court's view that the guarantee contract is void cannot be endorsed in any event.

7. — The lower court's decision that the foreign exchange transaction between the plaintiff and VGE contravened the relevant Romanian foreign exchange regulations

Swiss Code of Obligations. No. 6.

was unlawful and void under Romanian law is, however, binding on the Federal Supreme Court, as it concerns the interpretation of foreign law. Furthermore, there is also no question that the disputed guarantee contract was concluded exclusively to enable and secure this prohibited foreign exchange transaction. However, the view of the lower court that the breach of Romanian foreign exchange law constitutes an illegality under Art. 20 of the Swiss Code of Obligations (CO) and must as such be taken into account by the Swiss court is untenable. Only a breach of a Swiss legal provision can constitute unlawfulness within the meaning of the aforementioned provision. For where domestic legislation refers to law and statute, this can naturally only be understood to mean domestic law and statute (see the unpublished decision of the Federal Supreme Court of 28 September 1937 in the case of Frankl & Co. v 'Fina'). If one were to include the violation of a foreign provision within the concept of unlawfulness under Swiss law, this would amount to an application of foreign law, which must be specifically excluded precisely because the legal relationship as such is subject to Swiss law. The mere fact that conduct prohibited by a foreign legal provision may in itself also be regarded as reprehensible in Switzerland cannot, in the absence of a breach of a Swiss legal provision, serve as a substitute for such a breach.

Whether the disputed guarantee contract, by virtue of its connection with the foreign exchange transaction prohibited under Romanian law, also infringed Romanian foreign exchange legislation is therefore irrelevant from the perspective of unlawfulness under Art. 20 of the Swiss Code of Obligations. Consequently, the question discussed by the lower court as to whether the Romanian foreign exchange regulations are compatible with Swiss public policy

Swiss Code of Obligations. No. 6.

does not apply at all in this context. For the so-called reservation clause only applies on the condition that foreign law would otherwise be applicable.

8 — Nor does the lower court's alternative argument, that the parties' guarantee contract is void under Article 20 of the Swiss Code of Obligations (CO) on the grounds of contravention of public morality, stand up to closer scrutiny. It is true that, from this perspective, a breach of foreign law may be relevant to the Swiss court, namely where a transaction is regarded as contrary to public morality even under Swiss law precisely because its content and purpose contravene foreign law (see the aforementioned judgment of the Federal Supreme Court of 28 September 1937). However, only those foreign norms may be taken into account which, in the general view, are of such significance that tolerating their violation would also be likely, within the country, to cause a confusion and degradation of moral concepts dangerous to the public good and thus simultaneously to violate domestic public order. A stricter standard must therefore be applied to the content of the norm and the consequences of its violation. The violated foreign provision must serve to protect the interests of the individual and the human community which, in the general view, are of fundamental and vital importance, or legal interests must otherwise be at stake which, from an ethical perspective, outweigh the freedom of contract, by which alone the transaction in question would be valid domestically. These requirements are met, for example, by state decrees against drug trafficking and the trafficking of women. Foreign exchange regulations, like mere trade policy measures in general, cannot, however, by their very nature be regarded as provisions of this significance. They constitute interference with private property as well as the individual's freedom of disposition and freedom of contract

for the purposes of the state and its economy. They merely constitute protective measures necessitated by the circumstances of the time in the interests of the state itself. According to the findings of the lower court, the content of the Romanian foreign exchange regulations at issue here are no different. They established a monopoly on foreign exchange trading for the Romanian National Bank, and thus for the State. The transfer of foreign exchange requires state authorisation. All foreign exchange must be surrendered to the National Bank, regardless of the business transaction from which it may be due to a private individual. For banknotes, there is an obligation to adhere to a fixed exchange rate, and the export of amounts exceeding 4,000 lei is prohibited without authorisation. There are thus serious infringements of acquired rights and of the private freedom of disposal and contract, extending as far as the actual confiscation of foreign exchange. In the ethical view, these infringements do not outweigh the general legal principles mentioned, given their economic policy objective of protection.

The lower court is mistaken in believing that it can point out that Switzerland, too, has in recent years felt compelled to interfere with acquired private rights and freedom of contract by enacting emergency crisis legislation (devaluation, agricultural restructuring, prohibition of free trade in gold, agreements on international compensation transactions). However, none of these measures, any more than a foreign exchange law, can claim to be regarded as norms of the ethical order from the perspective of uninvolved foreign countries and therefore to be observed there. They apply, in accordance with their purpose, to the territory of Switzerland or, where inter-state agreements are concerned, to the territory of the contracting states, and their scope ends there. If the lower court then again invokes the concept and functions of the reservation clause in this context, this is misguided. If a foreign

law
be c
no r
acco
Swi
to
legi
9. —
disp
its
exc
mer
trigg
to t
refe

The
Zuri
back
with

7. E
the c

Defe
Set-
that
judg
set-c

Defe
Set-
that

law does not conflict with our public policy and must therefore be observed by the Swiss court in direct application, this by no means implies that its violation must also be taken into account from the perspective of immorality according to Swiss standards. It is therefore not necessary in this context to examine whether the Romanian foreign exchange legislation is compatible with Swiss public policy or not.

9. — Since, contrary to the assumption of the lower court, the disputed guarantee contract is valid under Swiss law despite its economic connection to the invalid Romanian foreign exchange transaction, the claim must be examined on its merits to determine whether the guarantee has been triggered and, if so, what amount the damages to be awarded to the plaintiff amount to. To this end, the case is to be referred back to the lower court.

Accordingly, the Federal Supreme Court rules:

The appeal is upheld, the judgment of the Commercial Court of Zurich of 19 January 1949 is set aside and the case is referred back to the lower court for further consideration in accordance with the above considerations.

7. Extract from the judgment of the First Civil Court of 21 March 1950 in the case of Adler S.A. v Ernest Adler.

Defense of set-off and cantonal proceedings.

Set-off raised before a judge who lacks jurisdiction to hear the counterclaim. If that judge upholds the principal claim, he must at the very least declare his judgment unenforceable up to the amount claimed by the defendant by way of set-off. Terms of this reservation.

Defence of set-off and cantonal procedural law.

Set-off raised before a judge who lacks jurisdiction to hear the counterclaim. If that

VI. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

6. Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Februar 1950
i. S. Suleyman gegen Tungsram Elektrizitäts A.-G.

Internationales Privatrecht. Garantievertrag ; Rechtswidrigkeit, Un-sittlichkeit. Art. 111, 20 OR.

Bestimmung des für die inhaltliche Gültigkeit eines Garantievertrags massgebenden Rechts (Erw. 1-3).

Einfluss der Simulation des Grundgeschäfts (Erw. 4).

Einfluss des Umstandes, dass der Garantievertrag die Durchführung eines nach ausländischem Recht verbotenen Devisengeschäfts sichern soll (Erw. 5-8).

Widerrechtlichkeit i. S. von Art. 20 OR setzt Verstoss gegen schweizerische Rechtsvorschrift voraus (Erw. 7).

Voraussetzungen, unter denen die Verletzung einer ausländischen Rechtsvorschrift einen Verstoss gegen die guten Sitten i. S. von Art. 20 OR darstellt ; verneint für die Verletzung ausländischer Devisenvorschriften (Erw. 8).

Droit international privé. Contrat de garantie ; illicéité, objet contraire aux mœurs. Art. 111, 20 CO.

Détermination du droit applicable pour juger de la validité quant au fond d'un contrat de garantie (consid. 1-3).

Influence du caractère simulé de l'acte principal (consid. 4).

Influence du fait que le contrat de garantie doit assurer la réalisation d'une opération de devises interdite par le droit étranger (consid. 5-8).

L'illicéité au sens de l'art. 20 CO suppose la violation de prescriptions du droit suisse (consid. 7).

A quelles conditions la violation d'une prescription de droit étranger constitue-t-elle une atteinte aux mœurs au sens de l'art. 20 ? Refus de l'admettre pour la violation de dispositions étrangères en matière de devises (consid. 8).

Diritto internazionale privato. Contratto di garanzia. Illiceità, oggetto contrario ai buoni costumi.

Determinazione del diritto applicabile per esaminare nel merito un contratto di garanzia (consid. 1-3).

Influsso della simulazione del negozio principale (consid. 4).

Influsso del fatto che il contratto di garanzia deve assicurare l'effettuazione d'un'operazione valutaria vietata dal diritto estero (consid. 5-8).

L'illiceità ai sensi dell'art. 20 CO presuppone la violazione di prescrizioni del diritto svizzero (consid. 7).

A quali condizioni la violazione d'una prescrizione di diritto estero è contraria ai buoni costumi secondo l'art. 20 CO ? Rifiuto di ammetterlo in caso di violazione di disposizioni estere in materia valutaria (consid. 8).

A. — Im März 1943 vereinbarte die in Ungarn domizilierte Firma Vereinigte Glühlampen- und Elektrizitäts-A.-G. (VGE) mit dem damals in Rumänien wohnhaften Suleyman, sie überlasse ihm ein Guthaben von 10 Millionen Lei, das sie in Rumänien besass, gegen Bezahlung des Betrages von Schw.Fr. 43,000.—, über die Suleyman in Zürich verfügte. Nach den rumänischen Devisenvorschriften war der Handel mit Devisen der rumänischen Nationalbank vorbehalten und der Transfer von Devisen genehmigungsbedürftig. Zur Umgehung dieser Vorschriften wurde ein Scheingeschäft abgeschlossen, indem die VGE der Suleyman gehörenden Firma Canepa bei der Banca Ardeleana in Rumänien einen Scheinkredit von 10 Millionen Lei verschaffte. Für den Fall, dass Suleyman auf Rückzahlung dieses vorgetäuschten Kredites belangt werden sollte, gab ihm die dem gleichen Konzern wie die VGE angehörende Tungsram-Elektrizitäts-A.-G. in Zürich eine Garantieerklärung ab, ihn schadlos zu halten.

Die Banca Ardeleana übertrug den Kredit auf die Banca Generala. Im Jahre 1944 übersiedelte Suleyman nach der Türkei und verkaufte sein Unternehmen Canepa. Da die Käufer die Tilgung der Kreditschuld bei der Banca Generala verlangten, ersuchte Suleyman diese um Bestätigung, dass es sich um einen Scheinkredit handle, der nicht zurückgefordert werden könne. Die Bank verweigerte diese Bestätigung. Nach der Darstellung Suleymans haben deshalb die Käufer seines Unternehmens 11 Millionen Lei vom

Kaufpreis zurückbehalten und der Bank zur Ablösung des angeblichen Kredites überwiesen.

B. — Mit der vorliegenden Klage machte Suleyman die Tungsram Elektrizitäts-A.-G. unter Berufung auf ihr Garantieverprechen haftbar für den Schaden von Fr. 48,648.65, der ihm durch die Rückzahlung des Kredites entstanden sei.

Die Beklagte bestritt ihre Zahlungspflicht, weil die Voraussetzungen des Garantiefalles nicht gegeben seien.

C. — Das Handelsgericht Zürich wies mit Urteil vom 19. Januar 1949 die Klage ab mit der Begründung, der von den Parteien abgeschlossene Garantievertrag sei nichtig wegen seines Zusammenhanges mit dem ebenfalls nichtigen Devisentauschgeschäft zwischen dem Kläger und der VGE.

D. — Mit der vorliegenden Berufung beantragt der Kläger erneut Gutheissung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenergänzung und neuen Entscheidung.

Die Beklagte trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Da die eine Partei des streitigen Rechtsverhältnisses ein nicht in der Schweiz wohnhafter Ausländer ist und das Rechtsverhältnis im Zusammenhang steht mit weiteren geschäftlichen Transaktionen, die sich im Ausland abgespielt haben, erhebt sich vorab die Frage nach dem anwendbaren Recht ; denn nur Verletzung schweizerischen Rechtes kann mit der Berufung gerügt werden (Art. 43 OG), und nur zu dessen Überprüfung ist daher das Bundesgericht zuständig.

2. — Bei dem streitigen Rechtsgeschäft handelt es sich nach schweizerischem Recht, das als *lex fori* für diese Qualifikation des Anknüpfungsbegriffes massgebend ist, um einen Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR, wie auch die Vorinstanz zutreffend angenommen hat. Die Beklagte hat dem Kläger die Leistung eines Dritten, der als Kredit-

geberin auftretenden rumänischen Bank, versprochen, und zwar sollte diese Leistung in einem bestimmten Verhalten bestehen, nämlich in der Nichtgeltendmachung des Anspruchs auf Rückzahlung des dem Kläger angeblich gewährten Kredits. Für den Fall, dass der Dritte, also die Bank, diese Leistung nicht erbringen, sondern die Kreditforderung geltend machen sollte, sicherte die Beklagte dem Kläger zu, ihm den daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen.

3. — Dieser Garantievertrag soll nach der Auffassung der Vorinstanz deshalb nichtig sein, weil er einen widerrechtlichen, eventuell einen unsittlichen Inhalt aufweise. Ob ein Vertrag wegen seines Inhalts gegen Recht oder Sitte verstosse, beurteilt sich gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ohne Rücksicht auf einen allfälligen abweichenden Parteiwillen nach dem Rechte des Abschlussortes (BGE 64 II 349, 46 II 493). Als solcher ist hier Zürich zu betrachten; denn dort stellte die Beklagte die streitige Garantieerklärung aus, und dort wurde diese von der Schweizerischen Bankgesellschaft als Vertreterin des Klägers entgegengenommen. Die Gültigkeit des Garantievertrages ist somit nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Das Ergebnis wäre übrigens dasselbe, wenn man mit der in der neueren Literatur bestehenden Tendenz annehmen wollte, dass Bestand und Wirkungen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses von ein- und demselben Recht beherrscht seien, und zwar, beim Fehlen einer ausdrücklichen Parteivereinbarung, vom Rechte des Schuldortes der für die betreffende Vertragsart charakteristischen Leistung (vgl. zu diesem Problem OSER-SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung N. 67 ff.; WIDMER, Die Bestimmung des massgeblichen Rechtes im IPR, S. 98 ff., insbesondere S. 110 ff.; SCHNITZER, Handbuch des IPR, 2. Aufl. Band 2 S. 513 ff.). Denn die charakteristische Leistung im Sinne dieser Lehre besteht beim Garantievertrag, der ein einseitig oneroser Vertrag ist, im Garantieversprechen des Promittenten, und als Schuldort dieser Lei-

stung ist im vorliegenden Falle, da sie mit der geschäftlichen Tätigkeit des Promittenten zusammenhängt, der Ort seiner gewerblichen Niederlassung, also Zürich, zu betrachten.

4. — Die vom schweizerischen Recht beherrschte Garantieerklärung der Beklagten steht im Zusammenhang mit einem Krediteröffnungsvertrag zwischen der Banca Ardeleana und dem Kläger. Dieses Geschäft war nach der übereinstimmenden Darstellung der Prozessparteien nicht ernst gemeint, sondern wurde unter Mitwirkung der VGE lediglich abgeschlossen, um das wirklich gewollte Geschäft, den zwischen dem Kläger und der VGE vereinbarten Austausch von Schweizerfranken gegen rumänische Lei, zu verdecken. Die Vorinstanz bezeichnet mit Rücksicht hierauf den bloss zum Schein abgeschlossenen Krediteröffnungsvertrag als nichtig. Diese Entscheidung ist für das Bundesgericht verbindlich, da das zwischen einer rumänischen Bank und einer rumänischen Firma in Rumänien abgeschlossene Geschäft unzweifelhaft dem vom Bundesgericht nicht nachprüfbaren rumänischen Recht untersteht. Wenn die Vorinstanz sich dabei auf die schweizerische Gesetzesvorschrift über die Simulation, Art. 18 OR, beruft, so ist das offensichtlich im Sinne einer Anwendung des schweizerischen Rechts als Ersatzrecht für das massgebende ausländische Recht aufzufassen.

Mit Recht haben weder die Parteien noch die Vorinstanz angenommen, die auf Simulation beruhende Nichtigkeit des Kreditgeschäftes ziehe auch die Nichtigkeit des damit zusammenhängenden Garantieversprechens der Beklagten nach sich. Der Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR ist im Gegensatz zur Bürgschaft nicht akzessorischer Natur, setzt also nicht ein gültiges Grundgeschäft voraus. Er stellt vielmehr ein selbständiges, von der versprochenen Leistung des Dritten grundsätzlich unabhängiges Schuldversprechen dar (BGE 64 II 350, 56 II 381). Eine Einschränkung besteht nur insofern, als die versprochene Leistung des Dritten nicht an sich widerrechtlich oder

unsittlich sein darf. Ist dies der Fall, so ist auch das Garantieverprechen nichtig; denn es kann nicht geduldet werden, dass aus dem Ausbleiben einer gegen Recht oder Sitte verstossenden Handlung ein Schadenersatzanspruch abgeleitet wird. Die hier in Frage stehende Leistung des Dritten, sich an die Simulationsabrede zu halten und den auf dem vorgetäuschten Kreditgeschäft beruhenden Rückzahlungsanspruch nicht geltend zu machen, ist aber nach der hiefür massgebenden schweizerischen Rechtsauffassung weder unsittlich noch widerrechtlich. Das versprochene Verhalten des Dritten stand gegenteils im Einklang mit der Rechtsordnung, da nach dieser simulierte Rechtsgeschäfte nichtig sind, sodass ihre Erfüllung nicht verlangt und Leistungen, die gestützt auf sie erbracht worden sind, zurückgefordert werden können. Die in Kenntnis der Sachlage übernommene Garantie für die dauernde Einhaltung der Simulationsabrede ist daher zulässig. Die Nichtigkeit der letzteren berührt die Wirksamkeit des Garantievertrags sowenig, wie dies bei der Garantie für eine unmögliche Leistung der Fall ist; auch eine solche kann nach Rechtsprechung und Schrifttum in gültiger Weise garantiert werden (BGE 72 I 278 und dort zitierte Literatur, sowie OSER-SCHÖNENBERGER N. 7 zu Art. 111 OR).

5. — Die Vorinstanz betrachtet den Garantievertrag deshalb als nichtig, weil er abgeschlossen wurde, um den Austausch von Lei gegen Schweizerfranken zwischen der VGE und dem Kläger zu ermöglichen, der nach dem massgebenden rumänischen Recht wegen Verstosses gegen die dortige Devisengesetzgebung widerrechtlich gewesen sei. Diese Widerrechtlichkeit soll nach der Ansicht der Vorinstanz auch vom schweizerischen Richter zu beachten sein, obwohl es sich dabei um die Verletzung von Vorschriften ausländischen öffentlichen Rechts handelt. Solches habe der schweizerische Richter nämlich auch zu berücksichtigen, soweit Vorschriften in Frage stehen, durch die das ausländische Gesetz den ihm Unterworfenen Pflichten auferlege, deren Erfüllung die schweizerische

Rechtsordnung in ihrem Anwendungsbereich ebenfalls verlange, und sofern die ausländische Vorschrift um ihrer Wichtigkeit willen auch in der Schweiz Berücksichtigung verdiene. Eine Ausnahme will die Vorinstanz lediglich zulassen hinsichtlich solcher ausländischer Normen, die nur für die eigenen Staatsangehörigen gemeint sind, die sich gegen andere Staaten oder deren Angehörige richten oder die schliesslich gegen die schweizerische öffentliche Ordnung verstossen. Alle diese positiven und negativen Voraussetzungen hält die Vorinstanz hinsichtlich der hier in Frage stehenden rumänischen Devisenvorschriften für erfüllt; jedenfalls habe der Kläger nicht das Gegenteil dargetan. Die Widerrechtlichkeit des Devisengeschäftes habe notwendigerweise auch die Nichtigkeit des untrennbar mit ihm zusammenhängenden Garantieverprechens der Beklagten zur Folge. Eventuell nimmt die Vorinstanz den Standpunkt ein, der Garantievertrag sei nichtig, weil die damit bezweckte Umgehung ausländischer Rechtsvorschriften auch nach schweizerischem Recht als sittenwidrig betrachtet werden müsse.

6. — Die Vorinstanz hat die Nichtigkeit des Devisengeschäftes und damit des Garantievertrages angenommen, ohne dass diese seitens der Beklagten geltend gemacht worden ist, und sie hat auch den Parteien keine Gelegenheit gegeben, zu diesen Fragen und dem dafür massgebenden Sachverhalt Stellung zu nehmen. Es kann indessen dahingestellt bleiben, ob dieses Vorgehen vereinbar sei mit dem aus Art. 8 ZGB als Korrelat zur Beweispflicht sich ergebenden Beweis- und Behauptungsrecht der Parteien. Denn abgesehen davon, dass der hier von einer allfälligen Verletzung dieses Grundsatzes betroffene Kläger keine diesbezügliche Rüge erhoben hat, kann der Auffassung der Vorinstanz von der Nichtigkeit des Garantievertrags ohnehin nicht beigespflichtet werden.

7. — Der Entscheid der Vorinstanz, dass das Devisengeschäft zwischen dem Kläger und der VGE gegen die massgebenden rumänischen Devisenvorschriften ver-

stiess und darum nach rumänischem Recht rechtswidrig und nichtig war, ist zwar für das Bundesgericht verbindlich, da es sich dabei um die Auslegung ausländischen Rechts handelt. Im weitem steht auch ausser Frage, dass der streitige Garantievertrag ausschliesslich zur Ermöglichung und Sicherung dieses verbotenen Devisengeschäftes abgeschlossen wurde. Unhaltbar ist dagegen die Ansicht der Vorinstanz, dass der Verstoss gegen das rumänische Devisenrecht eine Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 OR darstelle und als solche vom schweizerischen Richter beachtet werden müsse. Widerrechtlich im Sinne der genannten Bestimmung kann nur die Verletzung einer schweizerischen Rechtsvorschrift sein. Denn wo die inländische Gesetzgebung auf Recht und Gesetz verweist, kann darunter natürlicherweise nur das einheimische Recht und Gesetz verstanden sein (vgl. den nicht publizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 28. September 1937 i. S. Frankl & Co. gegen « Fina »). Wollte man in die Widerrechtlichkeit nach schweizerischem Recht auch die Verletzung einer ausländischen Norm einbeziehen, so liefe das auf eine Anwendung des ausländischen Rechts hinaus, die wegen der Unterstellung des Rechtsverhältnisses als solchen unter das schweizerische Recht gerade ausgeschlossen sein muss. Der Umstand allein, dass ein Verhalten, das durch eine ausländische Gesetzesvorschrift verboten ist, an sich auch in der Schweiz als tadelswürdig empfunden werden kann, vermag das Fehlen eines Verstosses gegen eine schweizerische Rechtsvorschrift nicht zu ersetzen.

Ob der streitige Garantievertrag wegen seines Zusammenhanges mit dem nach rumänischem Recht verbotenen Devisengeschäft seinerseits ebenfalls gegen die rumänische Devisengesetzgebung versties, ist deshalb unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 OR belanglos. Infolgedessen stellt sich die von der Vorinstanz erörterte Frage, ob die rumänischen Devisenvorschriften vor der schweizerischen öffentlichen Ordnung haltbar seien,

in diesem Zusammenhang überhaupt nicht. Denn die sog. Vorbehaltsklausel greift ja nur unter der Voraussetzung Platz, dass an sich ausländisches Recht massgeblich wäre.

8. — Auch der Eventualstandpunkt der Vorinstanz, dass der Garantievertrag der Parteien wegen Verstosses gegen die guten Sitten nach Art. 20 OR nichtig sei, hält einer näheren Prüfung nicht stand. Zwar kann unter diesem Gesichtspunkt die Verletzung ausländischen Rechts für den schweizerischen Richter beachtlich sein, nämlich dann, wenn ein Geschäft gerade wegen seines dem ausländischen Recht zuwiderlaufenden Inhalts und Zwecks auch nach schweizerischer Auffassung als sittenwidrig empfunden wird (vgl. das oben erwähnte Urteil des Bundesgerichts vom 28. September 1937). Dabei können jedoch nur solche ausländische Normen in Betracht fallen, die nach allgemeiner Anschauung von derartiger Tragweite sind, dass die Duldung ihrer Verletzung auch im Inland geeignet wäre, eine dem Gemeinwohl gefährliche Verwirrung und Verwilderung der sittlichen Begriffe hervorzurufen und somit zugleich die öffentliche Ordnung des Inlandes zu verletzen. Es ist also an den Inhalt der Norm und die Auswirkungen ihrer Verletzung ein strenger Masstab anzulegen. Die verletzte ausländische Vorschrift muss dem Schutze von Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft dienen, die nach allgemeiner Anschauung von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung sind, oder es müssen sonstwie Rechtsgüter in Frage stehen, die nach ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit, an der allein gemessen das betreffende Geschäft im Inland gültig wäre. Diese Anforderungen sind z. B. erfüllt bei staatlichen Erlassen gegen den Rauschgift- und Mädchenhandel. Devisenvorschriften, wie blosse handelspolitische Massnahmen überhaupt, können dagegen regelmässig ihrem Wesen nach nicht zu den Normen von dieser Bedeutung gerechnet werden. Bei ihnen handelt es sich um Eingriffe in das private Eigentum sowie die Verfügungs- und Vertragsfreiheit des Einzelnen

für die Zwecke des Staates und seiner Wirtschaft. Sie stellen bloss durch die Zeitumstände für das eigenstaatliche Interesse hervorgerufene Schutzmassnahmen dar. Auch die hier in Frage stehenden rumänischen Devisenvorschriften sind nach den Feststellungen der Vorinstanz über deren Inhalt nichts anderes. Es wurde durch sie ein Monopol der rumänischen Nationalbank, also des Staates, für den Devisenhandel geschaffen. Der Transfer von Devisen bedarf der staatlichen Genehmigung. Alle Devisen sind an die Nationalbank abzutreten, gleichgültig aus welchem Geschäft sie dem Privaten zustehen mögen. Für Notengeld besteht die Pflicht zu Einhaltung eines Zwangskurses, und die Ausfuhr von Beträgen über 4000 Lei ist ohne Genehmigung verboten. Es bestehen also schwere, bis zur eigentlichen Beschlagnahme der Devisen gehende Eingriffe in wohlerworbene Rechte und in die private Verfügungs- und Vertragsfreiheit. Diesen Eingriffen kommt um ihres wirtschaftspolitischen Schutzzweckes willen in der ethischen Anschauung gegenüber den genannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen kein Übergewicht zu.

Zu Unrecht glaubt die Vorinstanz, darauf hinweisen zu können, dass auch die Schweiz sich in den letzten Jahren genötigt gesehen hat, durch Erlasse des Krisennotrechts in wohlerworbene Privatrechte und in die Vertragsfreiheit einzugreifen (Abwertung, bäuerliche Sanierung, Verbot des freien Goldhandels, Abkommen über den internationalen Kompensationsverkehr). Alle diese Massnahmen können jedoch so wenig wie ein Devisengesetz Anspruch darauf erheben, vom unbeteiligten Ausland aus gesehen, als Normen der ethischen Ordnung gewürdigt und deshalb dort beachtet zu werden. Sie gelten ihrer Bestimmung gemäss für das Gebiet der Schweiz, bzw., wo zwischenstaatliche Vereinbarungen in Frage stehen, für das Gebiet der Vertragsstaaten, und finden hier ihre Grenzen.

Wenn die Vorinstanz sodann auch in diesem Zusammenhang wieder den Begriff und die Funktionen der Vorbehaltsklausel heranzieht, so ist dies verfehlt. Wenn ein aus-

ländisches Gesetz unserer öffentlichen Ordnung nicht widerspricht und deshalb bei unmittelbarer Anwendung vom schweizerischen Richter zu beachten wäre, so ist damit noch keineswegs gesagt, dass seine Verletzung auch unter dem Gesichtspunkt der Unsittlichkeit nach schweizerischer Anschauung berücksichtigt werden müsse. Es braucht daher auch in diesem Zusammenhang nicht untersucht zu werden, ob die rumänische Devisengesetzgebung mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung vereinbar sei oder nicht.

9. — Da somit im Gegensatz zur Annahme der Vorinstanz der streitige Garantievertrag trotz seinem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem ungültigen rumänischen Devisengeschäft nach schweizerischem Recht gültig ist, muss das Klagebegehren materiell behandelt und geprüft werden, ob der Garantiefall eingetreten sei, und wenn ja, auf welchen Betrag sich der dem Kläger zu ersetzende Schaden belaufe. Zu diesem Zwecke ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 19. Januar 1949 wird aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

7. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Cour civile du 21 mars 1950 dans la cause Adler S. A. contre Ernest Adler.

Exception de compensation et procédure cantonale.

Compensation invoquée devant un juge qui n'est pas compétent pour connaître de la contre-réclamation. S'il admet la demande principale, ce juge doit à tout le moins déclarer son jugement *non exécutoire* jusqu'à concurrence de la somme opposée en compensation par le défendeur. Modalités de cette réserve.

Verrechnungseinrede und kantonales Prozessrecht.

Erhebung der Verrechnungseinrede vor einem Richter, der zur Beurteilung der Gegenforderung nicht zuständig ist. Bei Gut-

A24



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Embassy of Switzerland in the United States of America

Washington, D.C., May 22, 2026

Translation Certification

To Whom It May Concern:

I, Sally Hudson Dill, a professional translator employed by the Embassy of Switzerland in the United States of America, hereby declare that the following document, which I prepared, is a true, full, and accurate English translation of the accompanying document in German.

Document name: WILLI FISCHER WILLI/BÖHME ANNA/GÄHWILER FABIAN, in: Füssli Commentary, 4. Ed. 2023

Sally Hudson Dill

Sally Hudson Dill



User ID:, 04/30/2026 3:52:32

PM

258

Article

CO 41

Authors

Willi Fischer, Anna Böhme, Fabian

Gähwiler

Commentary on the Swiss Code of

Obligations

Edition

4th updated and revised edition

Pages

258–287

Publisher

Orell Füssli Verlag AG

Document Title commentary

Art. 41

Title

Commentary on the Swiss Code of Obligations

Series

OFK - Orell Füssli Commentary

Year

2023

Editors

Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc

Amstutz, Roland Fankhauser

ISBN

978-3-280-07470-1

[Open in Swisslex](#)

Section 2: Creation by Tortious Acts

Art. 41

A. Liability in General

I. Conditions for Liability

¹

Any person who unlawfully causes damage to another, whether wilfully or negligently, is obliged to provide compensation.²



A person who wilfully causes damage to another in an immoral manner is likewise obliged to provide compensation.

259

I. Preliminary Remarks

- 1 Non-contractual liability or tort liability, i.e., the obligation to compensate for damage caused, is only applicable if the transfer of liability is justified by a specific legal basis. Because, in principle, everyone must bear the damage they have suffered themselves – *casum sentit dominus* (KELLER/SCHMIED-SYZ, 3; REY/WILDHABER, margin note 20; cf.

FELLMANN/KOTTMANN, margin note 5).

- 2 Tort liability law recognizes two types of liability:

- fault-based liability and
- causal liability.

While in **fault-based liability** the personal fault of the liable party constitutes the basis for attributing liability and thus the legal basis for shifting damages, so-called **causal liabilities** (both mild [or ordinary] and strict [or risk-based] liabilities) do not require personal fault on the part of the liable party (HUGUENIN, Rz 1832); the basis for liability (instead of fault) is a special relationship between the liable party and the event giving rise to liability (whereby certain forms of strict liability—e.g., [CO 55](#) and [CO 56](#)—additionally require negligence, which is presumed by law as soon as the event giving rise to liability has occurred [KELLER/GABI/GABI, 73], while others—e.g., [CO 58](#)—are linked to a regulatory offense [[BSK-KESSLER CO 41](#) N 1; [KuKo-SCHÖNENBERGER CO 41](#) N 9]; on the various connecting factors, see *HaftpflichtKomm-FISCHER*, Introductory Remarks on [CO 41–61](#) N 26). The remaining requirements for a claim correspond to those of fault-based liability. As an exception to the principle of fault-based liability, every form of causal liability requires a specific statutory basis; strict liability (strict causal liability) is regulated exclusively outside the [CO](#) in special laws.

II. Scope of Application

1. Principle of Universality

- 3 Fault-based liability under [Swiss Code of Obligations \(CO\) § 41](#) applies wherever there is no special provision that supersedes it (principle of universality: OFTINGER/STARK, I, § 1, margin note 103). This applies, for example, in the relationship between causal liability as *leges specialis* and fault-based liability ([BGE 115 II 237 E. 2.a](#); [BSK-KESSLER CO 41](#) N 1a). There are numerous special statutory references to [CO 41 et seq.](#), whether as general references such as in [CO 99 para. 3](#) or Swiss Civil Code (ZGB) 7 (for the grounds of liability under [ZGB](#) [[BGE 119 II 12 E. 2.c](#)]) or as specific references such as in [SVG 59 para. 4](#). Furthermore, the provisions of [CO 41 et seq.](#) are also invoked where a special provision leaves a question open. Where cantonal law refers



to [CO 41 et seq.](#) within its scope of application, the latter applies as substitute cantonal law ([BGE 100 II 120 E. 2.b](#)). Where cantonal law is incomplete, [CO 41 et seq.](#) is applied ([BGE 112 II 32 E. 1.a](#) [litigation costs]).

260

2. Conflicting Claims

- 4 There is a conflict of claims with regard to contractual liability ([BGE 130 III 193 E. 2](#); [BGE 120 II 58 et seq.](#); [BGE 113 II 246 E. 3](#); [BGE 112 II 138 E. 3](#); [BSK-KESSLER CO 41](#) N 2; HUGUENIN Rz 908 and 1840): A breach of a contractual obligation may, under certain circumstances, also constitute a tort; in such a case, the injured party is entitled, in the context of competing claims, to “invoke both grounds for liability concurrently” ([BGE 120 II 58, para. 3.a](#)). Due to differing statutes of limitations, varying liability for vicarious agents, and the burden of proof, the distinction from contractual liability is essential (see HUGUENIN, margin no. 1840). In the case of **information provided free of charge**, a contract is presumed to exist only where there is a special relationship of trust ([BGE 124 III 363 E. 5.a](#) [information provided by a lawyer on behalf of his client]; [BGE 101 II 69](#) [liability for a false employment reference]). In the case of **a favor**, it should be noted that, despite the service being provided free of charge, a contract may have been formed under the theory of trust ([BGE 116 II 695 E. 2.b](#); on liability for favors, see [BGE 137 III 539](#), distinction from a contract: E. 4.1; see HUGUENIN, margin nos. 1662 ff., for a detailed and nuanced discussion of liability for favors). According to the Federal Supreme Court, **culpa in contrahendo** is difficult to classify dogmatically ([BGE 108 II 305 E. 2.a](#)), and according to [BGE 101 II 266 E. 4](#), the legal consequences must be determined individually for each aspect, e.g., the statute of limitations under CO 60 ([BGE 109 Ia 5 E. 4](#)), liability for vicarious agents under CO 101 ([BGE 108 II 419 E. 5](#)), or the liability of a person lacking legal capacity ([BGE 102 II 226 E. 2.b](#)). There is also a conflict of claims with [the Product Liability Act](#) (REY/WILDHABER, margin no. 58).
- 5 There is no conflict of claims with respect to special laws that exhaustively regulate the matter (e.g., intellectual property law) and offer increased protection compared to general law ([BSK-KESSLER CO 41](#) N 1a).

3. Liability provisions outside the [ZGB](#) and the Swiss Code of [Obligations \(CO\)](#)

- 6 Outside the [ZGB](#) and [the CO](#), the following laws in particular contain liability provisions: [BZG](#), [EBG](#), [EleG](#), [GTG](#), [KG](#), [KHG](#), [LFG](#), [MG](#), [POG](#), [PrHG](#), [RLG](#), [SprstG](#), [SSG](#), [StSG](#), [SVG](#), [TrG](#), [USG](#), [UWG](#), [ZDG](#).



III. Passive and Active Standing

1. Subject of liability (passive standing)

- 7 The liable party may be either a natural person or a legal entity. The latter is liable under [Art. 55\(2\)](#) of [the ZGB](#) if the person acting does so as an organ of the legal entity; otherwise, liability may arise under [Art. 55 of the CO](#) (for the distinction between [Art. 55 CO](#) and [Art. 55 ZGB](#), see [CO](#) 55N 10 et seq.). Regarding general partnerships and limited partnerships, see [CO § 567\(3\)](#) ([BGE 124 III 363](#) E. II.2 [Liability of a law firm]). The acting person remains personally liable ([ZGB Art 55 \(3\)](#); see [HaftpflichtKomm-FISCHER](#), preliminary remarks on [CO 41–61](#) N 42).
- 8 For institutional **status**, what matters is not the designation of the natural person, but their actual position, i.e., the ability to influence the decision-making of the legal person.

261

It is not sufficient if an employee independently performs the duties assigned to them within a highly restricted area of business ([BGE 122 III 225 E. 4.b](#)). Whether an organ ([Swiss Civil Code 55](#)) or merely an auxiliary person ([CO 55.101](#)) is significant for the position in recourse (see [SCO 51](#); [HaftpflichtKomm-FISCHER](#), Preliminary Remarks on [CO 41–61](#), note 43).

2. Entitlement to Claim (Standing to Sue)

- 9 Under the principles of liability law, anyone who has suffered so-called **direct damage** is entitled to bring a claim; legal capacity is sufficient. Therefore, even an unborn child (*nasciturus*) may assert liability claims, subject to its live birth.
- 10 The question of entitlement to a claim is, in particular, a question of unlawfulness (see N 33 ff.): Only a person who suffers financial loss as a result of an unlawful act is a so-called direct victim and—provided the other conditions for liability are met—is entitled to compensation.
- 11 Directly linked to the concept of unlawfulness is the general denial of standing to sue and thus the general denial of liability for so-called **indirect damage or reflex damage**. Such damages consist of financial losses incurred by a third party as a result of harm caused to another directly injured party; while these third parties do suffer financial loss, the act is not unlawful with respect to them. Their damage lacks its own unlawfulness (see also N 31 et seq.).
- 12 Entirely different are cases in which the person whose rights have been violated does not, due to special circumstances, suffer any financial loss of their own, but such a loss necessarily arises in



property of a third party, who, however, has no claim against the tortfeasor due to a lack of independent unlawfulness. This phenomenon can arise as a result of a **shift** in liability in so-called risk-relief cases ([CO 185](#)) or through **the direct occurrence of third-party damage** in cases of indirect agency, custody, and fiduciary relationships. In these scenarios, it is considered objectionable to exempt the tortfeasor from liability merely because the tortious act did not result in a financial loss for the entitled injured party, but rather because the damage is shifted to a third party due to a pre-existing relationship that relieves the risk, or because it can only arise in the third party due to other causes (e.g., a fiduciary relationship). For these cases, German legal doctrine and case law recognize the concept of so-called **third-party damage liquidation**. Swiss legal doctrine and case law still partly reject this legal concept ([BK-BREHM CO 41N 26](#) et seq. with further references), while others point out that, if the difference theory is applied consistently (see note 17 below), this doctrine is indispensable (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, margin note 14.26; mutatis mutandis also GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, margin note 2882 et seq.; likewise KRAMER/PROBST, para. 306. On the issue of third-party damages, see generally *HaftpflichtKomm-FISCHER*, Introductory Remarks on [CO 41–61](#), note 57 et seq.).

262

- 13 **Special Cases:** (a) **Bodily Injury to an Employee Entitled to Continued Wage Payment:** The employee, whose absolute right has been violated, does not suffer a corresponding financial loss due to continued wage payment; no unlawful act is committed against the paying employer (=third party), which is why his loss is, according to general principles, a reflexive loss not eligible for compensation ([BGE 126 III 521 E. 2.a](#)). According to the Federal Supreme Court, this contradicts the purpose of continued wage payment, which is why the employer—by way of filling a gap—is entitled to a **right of recourse** under an analogous application of [CO 51 para. 2](#) ([BGE 126 III 521 E. 2.b](#); REY/WILDHABER, margin no. 282; cf. [CO 51](#) N 23). Strictly speaking, this is a case of damage transfer analogous to [CO 185](#), which is why the doctrine of so-called third-party damage liquidation (see N 12) would actually be applicable; – (b) **Financial losses suffered by electricity/water consumers** due to business interruption resulting from damage to lines not belonging to them ([BGE 102 II 85 E. 6](#); [BGE 101 Ib 252 E. 2.d](#); see also notes 30 and 48 below); – (c) **damage to a utility provider** pursuant to [CO 45 para. 3](#) (see [CO 45N 10](#) et seq.).

IV. Requirements for Tort Liability Based on Fault

- 13 For tort liability under [CO 41\(1\)](#), the following four requirements must be cumulatively met:



- financial loss (N 15 et seq.),
- an unlawful act (N 33 ff.),
- a (natural and adequate) causal connection between the wrongful act and the damage (N 64 et seq.),
and
- fault on the part of the perpetrator (N 75 ff.).

([BGE 132 III 122 E. 4.1](#) = Pra 95/2006 No. 107). It follows from [Art. 8 of the ZGB](#) that all four elements must be proven by the injured party.

1. Damage in the Legal Sense

1.1. General

- 15 The first prerequisite for a claim for damages under liability law is the existence of financial loss; it is a *conditio sine qua non* of liability—without financial loss, there is no liability ([BK-BREHM CO 41](#) N 69; [BSK-KESSLER CO 41](#) N 3; REY/WILDHABER para. 161; see, however, ROBERTO, Rz 03.11 ff.; cf. [BGE 143 III 254 E. 3.2](#)).
- 16 Despite this central importance, the [Swiss Code of Obligations](#) (CO) does not define compensable damages ([BGE 132 III 359 E. 4](#); [BGE 127 III 73 E. 4.a](#)); rather, it presupposes them ([BK-BREHM CO 41](#) N 69; REY/WILDHABER para. 162).
- 17 However, both case law and legal doctrine unanimously recognize that damage in the legal sense is an **involuntary loss of assets** (*damnum emergens*) or an **involuntary loss of profit** (*lucrum cessans*; [BGE 133 III 462 E. 4.4.1](#)).

263

, assets include only those economically “measurable goods to which a person is entitled” (OFTINGER/STARK, I, § 2, para. 5), “[...] whereas the impairment of personal or non-material legal interests does not in itself constitute (financial) damage [...]. Damage in the legal sense is [thus] the difference between the current financial status determined after the damaging event and the status the assets would have had without the damaging event [...] or between the income actually earned after the damaging event and that which would have accrued to [the injured party] without this event” (so-called **difference theory**: [BGE 127 III 403 E. 4](#); further [BGE 133 III 153 E. 3.5](#); [BGE 132 III 321 E. 2.2.1](#); [BGE 132 III 186 E. 8.1](#); BGer [4C.338/2004](#) of April 27, 2005, para. 3.2 = Pra 95/2006 No. 7; [BGE 129 III 331, para. 2.1](#); [BGE 129 II 49, para. 4.3.2](#)). In other words: Damage is the unintended reduction in net worth. It may consist of a reduction



an increase in assets, an increase in liabilities, or lost profits ([BGE 132 III 321 E. 2.2.1](#)). In practice, however, this overall comparison of assets and liabilities is not performed; instead, only the specific loss is determined. The sole determination is which assets have been lost or reduced as a result of the tortious act and which liabilities have been added or increased ([HaftpflichtKomm-FISCHER CO 41](#) N 18; REY/WILDHABER, margin no. 185 et seq.). In contrast, a mere **loss of use** does not constitute damage ([BGE 132 III 379 E. 3.3.2](#); [BGE 126 III 388 E. 11a](#); [BGE 115 II 474 E. 3a](#); see also N 21). This definition of damage as a difference precludes the injured party from being paid an amount higher than the damage suffered ([BGE 132 III 321 E. 2.2.1](#); prohibition of unjust enrichment, [CO 42N 31 ff.](#)).

- 18 In connection with the issue of contractual liability, the Federal Supreme Court ruled in a landmark decision that the maintenance costs of an unplanned child—whether healthy or disabled—resulting from a failed sterilization or a failure to perform sterilization in breach of contract are to be classified as damage within the meaning of liability law (“**unwanted child as damage**”: [BGE 132 III 359 E. 3 ff.](#)). This principle has general significance, i.e., also for tort liability law ([BSK-KESSLER CO 41](#) N 3a; see, in general terms, HONSELL, Kind, 275 ff.; MÜLLER, [recht 2013, 46](#), with a description of all possible scenarios of damage: wrongful-life action = action for damages and compensation by the child born with a disability; wrongful-birth action = action for damages and compensation by the parents of the disabled child; wrongful conception/wrongful-pregnancy action = action for damages and compensation by the parents of the unwanted child).
- 19 According to established case law, damages include interest from the time the harmful event had a financial impact until the date of payment of the damages ([BGE 131 II 217 E. 4.2](#); [BGE 131 III 12 E. 9.1](#); [BGE 130 III 591 E. 4](#); [BGE 129 IV 149 E. 4.1](#)). The purpose of **interest on damages** is to place the claimant in the same position as if the claim had been satisfied on the date of the tort or at the time of its economic impact ([BGE 131 II](#)

264

[217 E. 4.2](#); [BGE 131 III 12 E. 9.1](#); [BGE 129 IV 149 E. 4.1](#)). Unlike default interest, compensatory interest does not require a demand from the creditor or a default by the debtor, but serves the same purpose ([BGE 131 III 12 E. 9.1](#)). Under [CO 73](#), an interest rate of 5% applies (rebuttable presumption, see [BGE 131 III 12 E. 9.4](#)).

- 20 “Compensation for **normative damage**—not based on a reduction in assets—is, according to case law, only for the **loss of household income** ([BGE 132 III 321 E. 3.1](#);



[BGE 127 III 403 E. 4 p. 407 et seq.](#)) and **damages for loss of use** (Judgment [4C.276/2001](#) of March 26, 2002, E. 6, published in: Pra 91/2002 No. 212 p. 1127; [BGE 132 III 379 E. 3.3.2](#)). In these cases, damages must be awarded even if there is no financial loss. However, these exceptions are limited to household and care-related damages" ([BGE 132 III 379 E. 3.3.2](#), where it is held that case law on household and care-related damages should not be extended to intellectual property law; the Federal Supreme Court also rejects an extension to property or financial damages, see [BGE 132 III 379 E. 3.3.2](#)). For the calculation of household damage, see [CO 42N 26 et seq.](#) See also, regarding normative damage, GAUCH, [recht 1996, 225](#), 226 et seq.; HUGUENIN, margin no. 1876 et seq., as well as REY/WILDHABER margin no. 193 et seq., with noteworthy arguments against normative damage.

- 21 In principle, compensation cannot be claimed either for **the loss of the opportunity to use** a good in itself, nor for **the loss of holiday enjoyment** (= disappointed expectations; regarding frustration damages as compensation, see [CO 49 N 18](#)), nor for the impairment of **the** so-called **sentimental value** ([BGE 127 III 403 E. 4.a](#); [BGE 126 III 388 E. 11](#); esp. [BGE 115 II 474 E. 3.a](#); [BK-BREHM CO 42 N 15](#)). Likewise, the Federal Supreme Court denies compensation for a lost opportunity (**perte d'une chance**; see [BGE 133 III 462](#) = Pra 97/2008 No. 27). Regarding the exception of sentimental interest in the case of injury to an animal ([CO 43 para. 1bis](#)), see [CO 43N 24 f.](#)

1.2. Types of Damages

- 22 "*Damnum emergens*" and "*lucrum cessans*"; see note 17.
- 23 **Direct and indirect damage:** Indirect damage must be distinguished from indirect (reflex) damage (see N 11 and 30 et seq.). Indirect damages include further adequately causal consequences of the damaging event, such as special expenses, costs incurred to limit damage, to preserve evidence, for security and rescue measures, retraining costs, etc., insofar as they were reasonable from the perspective at the time, attorney's fees and pre-trial party costs, to the extent they are necessary and reasonable (BGer [4A 127/2011](#) of July 12, 2011, para. 12.1) and are not covered by procedural law ([BGE 126 III 388, para. 10](#)). Actual litigation costs do not constitute indirect damages but must be assessed in accordance with applicable procedural law. Exception: The tortious act consists precisely in the unlawful exercise of procedural rights ([BGE 117 II 394 E. 3](#)).

265

- 24 Damages can also be distinguished based on their position in the relevant causal chain. Direct damages exist when the damage in the causal chain immediately follows the harmful event. Indirect damages are said to exist when the damaging event itself causes further damage or "when it prevents measures that



generate profits or avert damage" (KELLER/SCHMIED-SYZ, 16). In tort liability law, no distinction is made between direct and indirect damage ([BGE 118 II 176 E. 4.c](#)).

- 25 Depending on the nature of the legal interest infringed, a distinction is made between personal injury (N 26), property damage (N 27), and other financial loss (N 28 et seq.; [BGE 127 III 73 E. 3.a](#); [BSK-KESSLER CO 41 N 10](#)). The division of the concept of damage into **personal injury, property damage, or other financial loss** is particularly significant for methods of calculating damages (OFTINGER/STARK, I, § 2 para. 61). The distinction regarding the types of damage also plays a significant role in insurance law and in the liability of the motor vehicle owner ([SVG 58 para. 1](#) [liability only for personal injury and property damage, see N 29]) ([BGE 118 II 176 E. 4.b](#)).
- 26 **Personal injury** is the economic disadvantage arising from the death or injury of a person. This includes all costs, namely those of treatment (*damnum emergens*), loss of earnings (*lucrum cessans*), or other losses resulting from incapacity to work and impeded economic progress (see [CO 46](#)). For the calculation of personal injury, see [CO 42N 14](#) et seq. *Note*: Bodily injury in itself does not yet constitute damage in the legal sense; rather, only the economic disadvantages resulting from the injury to the injured party are to be compensated ([BGE 127 III 403 E. 4.a](#); see also [CO 46 N 6](#)). So-called household damage (N 20) is also a personal injury, as it arises as a consequence of the death or injury of the person managing the household.
- 27 **Property damage** is the financial loss resulting from the damage, destruction, or loss of an item, e.g., repair costs, or the diminished value of a repaired item ([BGE 127 III 73 E. 5.b](#)). Damage to an object exists only "if its substance—either at the molecular level or as a whole—is impaired" ([BSK-KESSLER CO 41 N 12](#)). So-called consequential damages, e.g., disposal costs, are also included in property damage ([BGE 118 II 176 E. 4.c](#)). "In the case of the destruction of goods that retain their value, the value of the (intact) item prior to the damaging event corresponds to the acquisition cost of a new, equivalent item; in the case of items whose value decreases over time, the loss in value is generally taken into account by requiring compensation only for the replacement value reduced by depreciation" ([BGE 127 III 73 E. 5.b](#)). The costs for the temporary use of a replacement item also constitute property damage ([BSK-KESSLER CO 41 N 12](#)). For the calculation of damages in particular, see [CO 42N 19 ff](#).
-
- 266
- 28 **Other financial loss** is any other loss within the meaning of N 15 et seq. that befalls a person without being the result of homicide or bodily injury or the result of damage or destruction

(loss) of property. These other financial losses usually result from the infringement of patent rights, trademark rights, or unfair competition, or from the violation of so-called protective standards (see N 48). However, if this



financial loss is not a direct consequence of such an infringement, it constitutes so-called **pure financial loss**, which is not compensable (on the ambiguity of the term “pure financial loss,” see REY/WILDHABER, paras. 391 and 393).

- 29 So-called other financial losses are compensable wherever a liability provision generally refers to “damage,” but not, for example, under [ELeG 27](#), [EBG 40b et seq.](#), [LFG 64](#), and [SVG 58\(1\)](#), where the text expressly refers only to personal injury and property damage ([BGE 106 II 75 E. 2](#)).
- 30 **Direct damage and third-party damage or reflex damage:** In contrast to the distinction between direct and indirect damage (see N 23), the distinction between direct damage and third-party damage or reflex damage is not a question of the causal chain, but rather a question of the legal relationship arising from the tortious act between the liable party and the injured party. While **direct damage** is suffered by the person against whom the unlawful act was committed (concurrence of damage and unlawfulness; see N 33 et seq.), in the case of **third-party or reflex damage**, a person is harmed without an unlawful act having been committed against them. The distinction is thus a question of the existence of a tortious act against the economically injured party. For the exceptional compensability of such damages from the perspective of so-called **third-party damage liquidation**, see N 12.
- 31 Against the backdrop of this distinguishing criterion, there is not third-party or reflexive damage, but rather self-inflicted damage, if a protected legal position of a third party is violated and the third party thereby suffers financial loss. Example of application: **Shock damages to third parties** ([BGE 112 II 118 E. 5](#); generally: FISCHER, Schockschäden, 11 ff.; FISCHER/BÖHME, ius.full 2013, 16; LANDOLT, Schockschäden, 376, who speaks of “indirect direct damages”; WEBER, [HAVE 2012, 288](#); [BSK-KESSLER CO 41](#) N 9).
- 32 For SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz 14.21, this involves so-called reflex damages; by analogy—in contrast to [BGE 112 II 118 E. 8](#)—likely also [BGE 138 III 276 E. 2 ff.](#), in which, in E. 4, the shock damage is again characterized as a “reflexive shock damage” . JAUN, [ZBJV 2014, 749](#), 751, draws the following conclusion from this: “It must therefore be assumed, as with compensation for relatives and loss of support, that the shock victim has a right arising reflexively from the death or injury of the relative, with the result that, with regard to the remaining requirements of the liability claim, the legal position of the accident victim vis-à-vis the liable party must be taken as the basis. The liable party may thus, within the framework of [Art. 44 CO](#), also invoke circumstances for which the deceased or injured person is responsible, namely their



contributory negligence or joint liability arising from an inherent risk of the activity.” Apart from the fact that [BGE 138 III 276 E. 2 ff.](#) represents a step backward compared to the landmark ruling on shock damages to third parties ([BGE 112 II 118 E. 5](#)), both the Federal Supreme Court and JAUN fail to recognize the phenomenological differences: In the context of dependents’ damages, the issue concerns the exceptional compensation for third-party damages, in which all conditions giving rise to a claim—except for that of damage to the person of the deceased—must be met, with the consequence that the dependents derive their claim from the act committed against the provider. Therefore, the dependents must accept all circumstances that reduce compensation, including the deceased’s own contributory negligence. In the case of shock damage to a third party, however, all elements of the offense under [CO 41\(1\)](#) are themselves fulfilled with respect to the third party. If, however, as demonstrated, this is a case of application of [CO 41\(1\)](#), there is no room for taking into account any contributory negligence on the part of the deceased, since this does not involve so-called third-party damages as in [CO 45\(3\)](#) (see, in general, FISCHER, Schockschaden, 54 ff.).

2. Unlawfulness

- 33 In addition to the existence of financial loss, a further prerequisite for tort liability is the presence of so-called unlawfulness (see N 14), specifically on the part of the party suffering financial loss (**combination of damage and unlawfulness**; see N 30). In tort liability law, unlawfulness is the *counterpart* to breach of contract in contractual liability law.

2.1. Objective unlawfulness

- 34 Both the Federal Supreme Court and parts of the doctrine, particularly the commentary literature, advocate the so-called **objective theory of unlawfulness** with regard to unlawfulness within the meaning of [Art. 41 para. 1 of the CO](#) (references in REY/WILDHABER, margin no. 796 et seq., as well as [BGE 139 V 176 E. 8](#); [BGE 136 III 502 E. 6.1](#); [BGE 123 III 306 E. 4a](#)). According to this theory, conduct is unlawful if it violates written or unwritten rules and prohibitions of the legal system that serve to protect the legal interest that has been infringed ([BGE 113 Ib 420 E. 2](#); [BGE 109 II 123 E. 2.a](#)). Accordingly, under this theory, the infliction of harm is unlawful if it violates a general legal duty, whether by infringing an absolute right of the injured party (**wrongfulness of the result**) or by causing other financial loss through a violation of a relevant protective norm (**wrongfulness of conduct**) ([BGE 141 III 527 E. 8.2](#); [BGE 133 III 323 E. 5.1](#) = Pra 97/2008 No. 7; [BGE 132 III 122 E. 4.1](#); [BGE 123 III 306 E. 4.a](#)). “Illegality does not apply if damage has been caused to purely pecuniary rights, but no behavioral norm has been violated that is intended to protect against such damage” ([BGE 133 III 323 E. 5.1](#) = Pra 97/2008 No. 7; [BGE 119 II 127 E. 3](#)). In contrast, under the **subjective theory of unlawfulness**,



, unlawfulness is derived solely from the fact of the damage (*neminem laedere*), unless

268

the perpetrator were authorized to do so for a specific reason. This theory thus regards any harm to a third party as unlawful, unless it occurred on the basis of a subjective justification ([BSK-KESSLER CO 41](#) N 32). However, this theory has not gained acceptance and is criticized as being too vague; it is also subject to the justified criticism that it undermines the element of unlawfulness and fails to fulfill the liability-limiting function of the requirement of unlawfulness (see REY/WILDHABER, margin no. 810). Recently, a third theory of unlawfulness has been proposed, in which unlawfulness consists in the breach of a duty of care or a duty of protection owed to the injured party (see [KuKo-SCHÖNENBERGER CO 41](#) N 26) or, depending on the terminology, is based on a breach of “duties of care, conduct, or protection” (see [BSK-KESSLER, para. 41, note 32a](#), with further references).

- 35 **Absolute rights** include: life, physical, mental, and spiritual integrity, personality, property, and possessions ([BK-BREHM CO 41](#) N 35), as well as intellectual property rights ([BSK-KESSLER CO 41](#) N 33). The legal interests corresponding to these absolute subjective rights (life, etc.) are defined, on the one hand, by a general and comprehensive code of conduct consisting of **five fundamental protective norms**, namely: the prohibition [1] against killing anyone, [2] against violating anyone's physical or mental and emotional integrity, [3] against violating anyone's personality, [4] to infringe upon someone's property or possessions, [5] it is disputed, to violate good faith (see N 37), as well as, on the other hand, protected in specific cases by individual norms of a protective nature (KELLER/GABI/GABI, 46). A violation of a fundamental protective norm, which necessarily also constitutes a violation of a legal interest, establishes unlawfulness in the form of result-based unlawfulness. “Conversely, however, not every infringement of a legal interest can necessarily be attributed to a violation of a fundamental protective norm” (KELLER/GABI/GABI, 47). A mere infringement of a legal interest does not, from this perspective, yet establish unlawfulness; rather, there must always be a violation of a norm that protects an absolute right of the injured party, i.e., a violation of a fundamental protective norm (**theory of normbased unlawfulness** rather than the theory of result-based or unlawfulness, which already qualifies the infringement of a legal interest as such as unlawful) (KELLER/GABI/GABI, 47; cf. REY/WILDHABER, margin no. 799, cf. note 36).
- 36 Since property does not constitute an absolute subjective legal interest ([BSK-KESSLER CO 41](#) N 33), financial losses are only unlawful if they result from a violation of a behavioral norm intended to protect against such losses (on **the protective norm theory**, see N 48; REY/WILDHABER, margin no. 848 et seq. [858]; [BGE 132 III 122 E. 4.1](#) = Pra 95/2006 No. 107; [BGE 129 IV 322 E. 2.2.2](#)).



For criticism of the distinction between wrongfulness based on result and wrongfulness based on conduct, see [HaftpflichtKomm-FISCHER CO](#) 41N 80 et seq., esp. N 90 et seq., as well as REY/WILDHABER, margin no. 796, 822). Recognizing that absolute rights are so-called “prohibitory rights” that deny third parties the right to engage in certain conduct—i.e., that absolute rights encompass the right to a certain conduct—clarifies

269

that, in the event of a violation of an absolute legal interest, the behavioral norm serving that legal interest is violated. Thus, even in the case of a violation of absolute rights, the unlawfulness does not lie in the result (unlawfulness of the result, cf. N 34), but in the violation of behavioral norms ([HaftpflichtKomm-FISCHER CO](#) 41 N 83). In the context of the so-called “second manifestation” of unlawfulness, the so-called “wrongfulness of conduct” in the violation of a protective norm that serves to determine whether compensable damage exists when it has occurred without a violation of an absolute right, the consequence is that **unlawfulness within the meaning of [CO 41\(1\)](#) is to be understood comprehensively as wrongfulness of conduct**, i.e., based on an objective violation of a norm (normative unlawfulness; see, on the whole, [HaftpflichtKommFISCHER CO](#) 41N 80 ff., esp. N 90 f.).

- 37 It is a matter of debate whether **good faith within the meaning of [Art. 2](#) of [the ZGB](#)** constitutes an absolute legal interest. While some legal scholars and case law affirm this without reservation, arguing that the principle of good faith constitutes a fundamental protective norm (see note 35) and thus belongs to the category of absolute legal interests, the violation of which *in itself* constitutes unlawfulness ([ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, para. 41](#), note 94; WIDMER/WESSNER, 102 with further references), others, in turn, reject this entirely ([BGE 124 III 297 E. 5.b, 5.c](#); [BGE 121 III 350 E. 6.b](#) = Pra 85/1996 No. 168; [BSKKESSLER CO 41](#) N 33, 36; cf. REY/WILDHABER, margin no. 881). A third group takes its cue from the wording of [Art. 2 para. 1 of the ZGB](#) (“Everyone shall, in the exercise of their rights and in the fulfillment of their duties [...]”) and concludes that the principle applies to rights and duties that already exist ([BGE 108 II 305 E. 2.b](#); [BKBREHM CO 41](#) N 53 with further references; [CHK-MÜLLER CO 41](#) N 47; REY/WILDHABER, margin note 879 et seq.). Good faith therefore requires observance only within the framework of a pre-existing special relationship, in the sense of a particular relationship of trust and loyalty, from which the duty to act in good faith arises. Although the Federal Supreme Court declined to classify [Art. 2 of the ZGB](#) as a general rule of asset protection ([BGE 130 III 345 E. 2](#); [BGE 124 III 297 E. 5.c](#); [BGE 121 III 350 E. 6.b](#)), it based a duty to compensate for trust raised and disappointed in part on [CO 41 para. 1](#), drawing on [Art. 2 of the ZGB](#) as a protective provision ([BGer 4A.564/2008](#) of May 26, 2009 E. 3.1).
- 38 Based on the relevant Federal Supreme Court decisions in which unlawfulness was affirmed due to a breach of good faith ([ZGB 2](#)), the relevant doctrine and case law specified this



special relationship in the sense of a particular relationship of trust and loyalty (KELLER M., recht 1987, 136) by establishing case groups, namely (according to [BK-BREHM CO 41](#) N 53a/b; KELLER/GABI/GABI, 48):

- based on a procedural or legal relationship ([BGE 112 II 32, para. 2](#); see also [BGE 123 III 101, para. 2.a](#); cf. also REY/WILDHABER, margin note 889 et seq.);
- based on a contractual negotiation relationship (*c.i.c.*; [BGE 130 III 345 E. 2](#); [BGE 121 III 350 E. 6.c](#) = Pra 85/1996 No. 168; [BGE 120 II 331 E. 5.a](#) [in all three BGE, *c.i.c.* is now classified as part of fiduciary liability]);

270

- through false non-contractual information or advice ([BGE 124 III 363 E. 5.a](#); [BGE 116 II 695 E. 4](#); [BGE 112 II 347 E. 1.a](#); [BGE 111 II 471 E. 3](#) with further references; [BGE 101 II 69 E. 2](#); BGE 57 II 81 E. 2; see also REY/WILDHABER, margin no. 883 et seq.);
- by putting documents or other written materials into circulation ([BGE 101 II 69, para. 2](#)).

Thus, conduct is unlawful in the context of a breach of good faith only if the breach occurs within the framework of a pre-existing relationship of trust and loyalty in one of these categories.

- 39 With the requirement of a pre-existing “special legal relationship in the sense of a pre-existing special relationship of trust and loyalty” (KELLER/GABI/GABI, 49), the law of tort liability is structurally “departed from,” as this law “typically applies precisely when no such special relationship exists, but rather a mere ‘chance contact’” (REY/WILDHABER, para. 879). Through the special relationship, “the defensive isolation reflected in a ‘coexistence’ of legal systems is replaced by a ‘cooperation’” (FEHLMANN, para. 172). Furthermore, the “analysis of decisions rendered on fiduciary liability [...] shows that the special legal relationship is not merely an empty shell, but rather a criterion whose affirmation or negation by a court in an individual case is not predictable (HUGUENIN, para. 1746).
- 40 **Incorrect provision of advice and information in particular:** In addition to the decisions in which the Federal Supreme Court links liability for the incorrect voluntary provision of advice and information to the existence of a pre-existing special relationship in the sense of a relationship of trust and loyalty (see N 38 et seq.), in other judgments, it again dispensed with the requirement of a pre-existing special relationship and treated the cases purely under tort law. From an unwritten “principle of the general legal order” (BGE 57 II 81 E. 2) or a “norm of unwritten law” ([BGE 111 II 471 E. 3](#)) or “from a generally understood duty of loyalty and thus ultimately in good faith” (FELLMANN/KOTTMANN, para. 344), it developed the principle that unlawfulness exists if the person providing information or advice (cumulatively):



- is relied upon for their expertise, i.e., “has special insight into the circumstances constituting the subject matter of the inquiry” (REY/WILDHABER, para. 884);
 - provides information (or does favors; FELLMANN/KOTTMANN, para. 344);
 - the significance of the answer for the enquirer is apparent to him, and
 - intentionally or recklessly provides false information or conceals material facts, the accuracy or knowledge of which is essential to the enquirer’s decision
- ([BGE 116 II 695 E. 4](#); [BGE 112 II 347 E. 1.a](#); [BGE 111 II 471 E. 2](#); BGE 57 II 81 E. 2 [concerns third-party liability]).

- 41 Based on this case law, the advice or information provided must be correct and complete in accordance with an unwritten standard of conduct, and the objectively justified trust of the person seeking advice must not be betrayed; otherwise, unlawfulness

271

is established within the meaning of [Art. 41\(1\) of the CO](#) (FELLMANN/KOTTMANN, margin note 344; REY/WILDHABER, margin note 886, each with further references). [BGE 124 III 363, para. 5.b.](#) states accordingly: “It appears [...] appropriate to classify liability for incorrect information *in the present case* under tort law [...]” (but additionally takes the view that it could also be subject to the principles of liability based on *reliance* or *culpa in contrahendo*).

- 42 From a doctrinal perspective, the arbitrariness with which the Federal Supreme Court has classified liability for incorrect advice and information in recent years is troubling. This is all the more so given that the Supreme Court has created a new category of liability—liability based on reliance—that is not without controversy (see note 54 et seq.). It is also questionable, however, to justify the unlawfulness merely by “relying on a norm of unwritten law [see N 40] that is intended to oblige those in the know to answer correctly when questions of significant importance arise” ([BK-BREHM CO 41](#) N 49a). It is more obvious and also justifiable from a doctrinal perspective to recognize Art. 2 of the ZGB (prohibition against acting in bad faith) as a fundamental protective norm (on fundamental protective norms, see note 35). However, it must be noted that [Art. 2 of the ZGB](#) is not an “independent legal rule” that “goes to regulate a specific legal relationship, but merely [sic] a rule of legal application that must be observed in all legal relationships” (BGE 44 II 444, 445; [BK-MERZZGB 2](#) N 30). As a general clause, [Art. 2 of the ZGB](#) is not directly enforceable but requires further specification ([BK-MERZ ZGB 2](#) N 29). A mere reference to [Art. 2 of the ZGB](#) is not sufficient. The “reason for its application” must always be established, and the “practical sub-rule”



([BK-MERZZGB 2](#) N 30). The principle of good faith under [Art. 2 of the ZGB](#) may be violated in this way, as a breach of a legal norm or subordinate norm simultaneously constitutes a breach of the principle of good faith (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 29).

- 43 In a rarely consistent line of case law, the Federal Supreme Court (up until the judgments on liability based on reliance) held, with regard to the issue of (third-party) liability for false voluntary information, that third parties can only be liable for damages for false voluntary information (or advice) through a tort within the meaning of [CO 41 et seq.](#) (see the analysis of case law from 1984 in FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, esp. 19 ff.). In addressing the issue of unlawfulness, the Federal Supreme Court did not assume a pre-existing “party relationship,” but rather criticized the direct violation of general duties and consistently argued on the basis of tort law (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 25). The starting point here was the duty arising from Art. [2 of the ZGB](#) not to “arouse anyone’s trust and deceive them,” which already “exists before any relationship between two parties comes into being” (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 26, with reference to KELLER M., 102, who had already pointed out such a duty without a pre-existing special relationship in a different context as early as 1948).
- 44 To avoid a general duty to provide information and truth as a consequence of the duty “not to arouse anyone’s trust or to deceive,” the Federal Supreme Court requires legitimate trust to substantively define and limit the circumstances giving rise to trust. This is present only if the trust “is placed in an authority and the conduct

272

of the injured party itself stands up to the standards of good faith” (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 28 with further references; similarly, now also REY/WILDHABER, margin nos. 884, 886).

- 45 **Unlawfulness within the meaning of [CO 41\(1\)](#) thus arises from a breach of good faith resulting from “the creation and deception of justified reliance”** (sub-rule; see also [BK-BREHM CO 41](#) N 53i: without restriction to the justification of the reliance). Justified reliance exists “when, based on a statement by an authority, trust is placed in the fact that a response will be provided at all, in the expertise of the information provider, and in the provider’s loyal conduct, taking into account the requirements of good faith that also apply to the party requesting the information, provided that it is apparent to the information provider that financial dispositions are at stake” (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 30).
- 46 Liability for incorrect voluntary advice thus proves to be a case of application of [Art. 2 of the ZGB](#) and of a related non-contractual protection of legitimate expectations (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 30), with the consequence “that, under clearly defined conditions, a kind of



“Traffic duties for the protection of another’s property” exist (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 30). The principle of good faith under [Art. 2 of the ZGB](#) is thus a **fundamental protective norm** (to be specified) (see also [BK-BREHM CO 41](#) N 53i with further references; KELLER/GABI/GABI, 47) in the sense of **a behavioral norm** (see also [BK-BREHM CO 41](#) N 53i), the violation of which constitutes unlawfulness within the meaning of [CO 41 para. 1](#) (in this sense also [BGE 124 III 297](#) by characterizing [Art. 2 of the ZGB](#) as a protective provision).

- 47 With the liability based on trust established by the highest court (see below N 54 f.), the Federal Supreme Court has dispensed with the liability requirement of unlawfulness and created a new type of liability that is neither tortious nor contractual in nature ([BGE 134 III 390 E. 4.3.2](#); [BK-BREHM CO 41](#) N 53e; [BSKKESSLER CO 41](#) N 44: independent third basis of liability between tort and contract; [CHK-MÜLLER CO 41](#) N 48). Whether the Federal Supreme Court thereby violates the dichotomy between tortious and contractual liability underlying Swiss law of obligations (see [BK-BREHM CO 41](#) N 53 et seq.; [BSK-KESSLER CO 41](#) N 44b; according to BERGER, margin no. 1989 ff., this is merely a permissible development of the law in the context of filling a gap), may be left open, for the question becomes obsolete if [Art. 2 of the ZGB](#) is recognized as a fundamental protective norm in the sense set forth above (see also [BK-BREHM CO 41](#) N 53k with reference to case law). In the same way, liability arising from *culpa in contrahendo* could also be integrated into the law of liability due to unlawful acts without having to rely on a pre-existing special relationship. This is also the view of VISCHER, who, in the context of a discussion of a judgment, explains that “in invoking [Art. 2 of the ZGB](#) [...] the Federal Supreme Court would then have followed the opinion of those authors” who “consider the legal concept of culpa in contrahendo or liability based on trust to be superfluous and regard [Art. 2 of the ZGB](#) [...] as a protective norm, the violation of which, at least within the narrow scope of liability based on trust as previously understood, constitutes an act of wrongdoing within the meaning of [Art. 41\(1\) CO](#) [...]”. The result of invoking [Art. 2 of the ZGB](#) as a protective norm [...] would be the abandonment of CIC or fiduciary liability as a ‘third track’ and

273

the incorporation of the relevant elements into the law of torts. We would then be back to the traditional dichotomy of contract and tort [...]” (VISCHER, [AJP 2018, 911](#), citing URWYLER, 539 f.).

- 48 **Standards of protection under liability law** (or, more accurately, standards intended to provide protection under liability law), the violation of which constitutes so-called wrongful conduct, are found primarily in criminal law (particularly property crime law; e.g., cutting a power line causes financial loss to electricity consumers. Since, according to the Federal Supreme Court ([StGB § 239\(2\)](#)), the electricity supplier is specifically protected against such damages, this constitutes a standard with a protective purpose under liability law. Conclusion: The infliction of damage is unlawful, which is why there is compensable “other financial loss” [see note 28; see also [BSK-KESSLER CO 41](#) note 35]), administrative law, traffic law, and



corporate law. Unlawfulness may also exist if the tortfeasor and the injured party act in concert in a criminally reprehensible act ([BGE 117 IV 139 E. 3.d](#) [fraud among drug dealers]). According to prevailing doctrine and case law, to establish unlawfulness through a violation of a **criminal protective norm**, both the **objective** and **subjective elements** of the criminal offense must be fulfilled ([BGE 133 III 323 E. 5.2](#) = Pra 97/2008 No. 7; [BSK-KESSLER CO 41](#) N 35; ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012, 185, 193, esp. fn. 40; VERDE, para. 528 et seq. with a presentation of the state of opinion in the doctrine). However, VERDE, para. 542, points out with compelling arguments that it is not the elements of the offense (and thus the fulfillment of the objective and subjective elements) that should be used to establish unlawfulness, but solely the behavioral norm contained in the elements of the offense (VERDE, para. 368). He therefore correctly notes that the intent of the tortfeasor is irrelevant to the question of unlawfulness. “All elements of intent in a criminal offense are therefore not decisive for establishing unlawfulness in liability law” (VERDE, margin no. 686). According to the Federal Supreme Court, the following provisions, among others, have the character of protective norms: [StGB 239 para. 2](#) ([BGE 102 II 85 ff.](#); [BGE 101 Ib 252 ff.](#): so-called cable breakage cases); [StGB 305b](#) ([BGE 133 III 323 ff.](#); [BGE 129 IV 322 ff.](#)). See the compilation in [BSK-KESSLER CO 41](#) N 35; HUGUENIN, margin note 1953; [CHKMÜLLER CO 41](#) N 45.

2.2. Unlawfulness by omission (breach of a duty of care) in particular

a) Principle of Permitted Inaction

49 There is no general legal duty to act in the interest of others. It is up to the

The “principle of authorized inaction” must be assumed ([BGE 118 II 502 ff.](#) = Pra 52/1994 No. 13; [BGE 115 II 15 E. 3.b](#); [BK-BREHM CO 41](#) N 56a; [BSK-KESSLER CO 41](#) N 37). An omission is only unlawful if action is required in the interest of the injured party ([BGE 126 III 113 E. 2.a](#)). “There is no general legal duty to act in the interest of others. [...]”; rather, the duty to act is only subject to liability

274

if it exists in the interest of the injured party and follows from a protective provision in their favor. Unlawful omission thus presupposes a **position of guarantor** for the injured party [...]” ([BGE 116 Ib 367 E. 4.c](#); [BGE 116 II 695 E. 4](#)).

b) Exception: Duty of care

50 Positions of guarantor presuppose **specific duties to act**. These may arise, for example, from positive rules of conduct under private, administrative, or criminal law (see [BSK-KESSLER CO 41](#) N 37). Rules establishing



duties to act generally function as protective rules in cases of pure financial loss, the violation of which implies unlawfulness ([BGE 136 III 113 ff.](#); BSK-KESSLER, loc. cit.). However, such guarantor status may also arise from the generally recognized, unwritten **principle of risk**, which states that whoever creates a dangerous situation must take the necessary precautions (duty to ensure safety; see BGer [4A 520/2007](#) of March 31, 2008, para. 2.1; [BGE 126 III 113, para. 2.a](#) [Whoever routes a ski slope close to a ski lift must pad its poles]; BGer [4A 489/2014](#) of Feb. 20, 2015, para. 5.1 with further references; [BGE 123 III 306, para. 4](#) [Closure of a diving tower during low water]), whereby the public may only be expected to exercise average caution and reason.

- 51 The doctrinal classification of the principle of risk is controversial both in case law and in legal scholarship (for further details, see N 88 f.):

- either it also serves to establish unlawfulness in cases of omissions
- or it is used solely in the context of fault

(see [BK-BREHM CO 41N 44 ff.](#); [BSK-KESSLER CO 41](#) N 19a). According to older case law ([BGE 124 III 297 E. 5.b](#)) the principle of risk was not suitable for establishing the unlawfulness of an omission. Thus, case law had denied the principle of risk the role of a protective norm; the principle of risk was to be solely a matter of fault. In 2000, the Federal Supreme Court, in its decision BGer [4C.119/2000](#) of Oct. 2, 2000, para. 2.b, regarding the establishment of the unlawfulness of an omission, held that from this perspective, the so-called risk principle remained relevant, i.e., it must be invoked to establish unlawfulness. The Federal Supreme Court confirmed this view in its decision BGer [4A 104/2012](#) of August 3, 2012, para. 2.1.

- 52 A duty of care may also arise from legal provisions regarding guidance, accounting, insurance, or assistance obligations (e.g., [SVG § 51\(2\), first sentence](#)). For the legal basis of further safety obligations, see [BSKKESSLER CO 41](#) N 19a.
- 53 Regarding the (former) guardian's liability to third parties, see [BGE 115 II 15, para. 4.a](#), and, for further reference, [BGE 116 II 695, para. 4](#).

275

2.3. Liability based on trust in particular

- 54 It is disputed whether trust or good faith counts among the absolutely protected rights (see note 37 ff.). However, it is attributed significance in ZGB 2 (to which the Federal Supreme Court attaches independent



Page 20 of 34

significance; [BGE 121 III 350 E. 6.b](#)) and in specific provisions (e.g., the prohibition of deception under company law [[CO 944 para. 1](#); [BGE 123 III 220 E. 4.b](#)]) or in a form similar to the risk principle ([BGE 120 II 331 E. 5.a](#)). This presupposes that very special relationships of trust exist or have been created. Only in cases of intent or gross negligence is the (unsuccessful) exercise of administrative rights or the late filing of civil proceedings an abuse of rights—and thus a violation of Art. [2 of the ZGB](#) ([BGE 112 II 32 E. 2.a](#) [objection to construction]; [BGE 123 III 220 E. 4.d](#) [plea of lack of standing to be sued]), whereby [CO 41](#) must take a back seat to procedural sanctions. **Liability based on group trust** requires conduct on the part of the parent company that is capable of giving rise to sufficiently concrete and specific expectations ([BGE 124 III 297 E. 6.a](#)). Liability based on trust now appears—like *culpa in contrahendo*—as a separate basis for liability ([BGE 121 III 350 E. 6](#) [with a summary of cases]; see also [BGE 130 III 345 E. 2](#) with an overview of case law and literature, as well as [BGE 134 III 390 E. 4.3.2](#) in connection with the statute of limitations). On the development of liability based on reliance (Phase 1: Recognition of reliance as an independent basis for liability and expansion of this basis [BGer [4C.280/1999](#) of Jan. 28, 2000, para. 3.a; [BGE 121 III 350, para. 6.c](#); [BGE 120 II 331 para. 5.a](#)]; Phase 2: Negative and limiting decisions [[BGE 130 III 345 para. 2 et seq.](#) = real estate appraiser case; BGer [4C.296/1999](#) of Jan. 28, 2000 para. 3.a]; Phase 3: Limitation of liability [BGer [4A 306/2009](#) of Feb. 8, 2010, para. 5.4.1; [BGE 131 III 377, para. 3 et seq.](#) = Pra 95/2006 No. 31 = investment case; [BGE 133 III 449 ff.](#) = Gotthard Tunnel case]) cf. LOSER, [AJP 2008, 1171](#). – Cf. regarding the Group liability; see also KUNZ, [Recht 2011, 41](#).

- 55 With liability based on justified reliance, the case law has created a new type of liability (liability *sui generis* and an independent basis for liability [[BGE 134 III 390 E. 4.3.2](#)]) that dispenses with the requirement of unlawfulness. For a claim based on liability in trust, **three cumulative requirements** must be met: (a) a special legal relationship must have existed, (b) the trust thereby created must have been betrayed (BGer [4C.47/2004](#) of Dec. 9, 2004, para. 3) and, newly, (c) the conclusion of a contract must be impossible or unreasonable ([BGE 133 III 449, para. 4.1](#)). For criticism of this new type of liability, see [BK-BREHM CO 41](#) N 53f ff. as well as N 47, where a dogmatically rigorous classification of liability based on *reliance* (and *culpa in contrahendo*) into the classical law of torts is proposed through the recognition of the principle of good faith as a fundamental protective norm with corresponding subordinate norms, the violation of which constitutes unlawfulness within the meaning of [CO 41 para. 1](#) (see also [HaftpflichtKomm-FISCHER CO 41](#) N 113), or in other words: “A special liability based on breach of trust could be dispensed with [...], if cases of breach of trust were classified as an application of the [ZGB 2](#),” which would require that a “breach of good faith



276

is (more or less) classified as unlawful *per se*" (REY/WILDHABER, margin no. 49). See also ROBERTO/KUZNIAR, [AJP 2019, 1105 ff.](#), esp. 1111, who characterize this legal concept as a dogmatic "hype" and view its 25th anniversary as the right occasion to bid it farewell.

2.4. Exclusion of Illegality through Justifying Grounds

a) General

- 56 The legal system recognizes various justifying grounds that exclude the inherent unlawfulness of an act. These include:

b) Exercise of public authority

- 57 Official acts often interfere with protected legal interests and cause harm. The official act justifies the interference, which generally also applies to erroneous official acts. In such cases, however, the affected party has recourse to the legal remedies provided by public law (see, on this subject, [BGE 124 IV 313, paras. 3 and 4](#); [BGE 92 II 192, para. 7](#); [BK-BREHM CO 41](#), note 61; REY/WILDHABER, margin note 906 et seq.).

c) Subjective Private Law

- 58 If a tortfeasor commits the tortious act by virtue of a subjective private right, the inherent unlawfulness is excluded. For example, [CO 52 para. 1](#) (self-defense), [CO 52 para. 2](#) (necessity), [CO 52 para. 3](#) (self-help), CO 57 (seizure of an animal), CO 268 (landlord's right of retention), aZGB 278 (reasonable corporal punishment of a child by the parents; repealed by the 1976 revision. Nevertheless, within the context of childrearing, [ZGB 302\(1\)](#) may justify certain infringements of the child's personal rights, but not corporal punishment) (see, on the whole and on further elements of the offense, [BK-BREHM CO 41N 62 et seq.](#); REY/WILDHABER, margin nos. 908 et seq., 930 et seq.; [HaftpflchtKomm-FISCHER CO 41](#) N 115).

d) Consent of the injured party

- 59 If the injured party consented to the tortious infringement of a legal interest, the act generally becomes lawful as a result: **Volenti non fit injuria**. However, this is subject to the condition that the consent itself is not impermissible, i.e., neither unlawful nor immoral, which would result in nullity under [CO 20\(1\)](#) ([BGE 134 III 193 E. 4.6](#); [BGE 133 III 401 E. 5.2.1](#)).
- 60 *Volenti non fit injuria* applies only to the extent that the injured party has the right to dispose of the legal interest whose infringement they consent to (HUGUENIN, margin no. 1965). Consent requires legal capacity, except where



a highly personal right is at issue, in which case, pursuant to [Art. 19c para. 1 of the ZGB](#), legal capacity is sufficient; it applies only to infringements that the consenting party has consciously intended (intent or conditional intent), and it must be declared in advance ([BGE 133 III 121 E. 4.1.2](#); [BGE 125 I 335 E. 4e](#)). In the case of merely retroactive,

277

i.e., subsequent consent by the injured party, the act remains unlawful (see [BSK-KESSLER CO 52](#) N 18 for the whole matter).

- 61 Consent to **medical treatment**, particularly surgery, relates only—but always—to risks associated with the proper performance of the procedure, but not to those resulting from medical malpractice ([BGE 113 Ib 420 E. 4](#)). Consent is sufficient to the extent that the patient has been informed of the risks associated with the procedure (medical duty to inform). The information must “provide, in clear, understandable, and complete terms, details regarding the diagnosis, therapy, prognosis, alternatives to the proposed treatment, risks, chances of recovery, as well as financial aspects, particularly in connection with insurance (“informed consent”)” (REY/WILDHABER, margin no. 919 with case law reference). Nevertheless, proof of the patient’s hypothetical consent, as applied to the specific case, is permitted ([BGE 117 Ib 197 E. 5.c](#); [BGE 115 Ib 175 E. 2b](#); [BGE 114 Ia 350 E. 6](#)).
- 62 **Accepted or permitted risk** is a special form of consent ([BGE 117 II 541 E. 3](#)). Insofar as, for example, combat sports and other sports are permitted and the rules of the game are observed, an injury may be considered to have occurred in a permissible manner. After all, game-related violations of the rules are to be expected ([BGE 104 II 184 E. 2](#); cf. on the whole REY/WILDHABER, margin no. 927 ff.).

e) Protection of Higher Interests

- 63 An infringement of a personality right is to be regarded as lawful beyond the scope of traditional justifications whenever it “takes place in appropriate protection of higher interests.” “The decision regarding unlawfulness thus depends largely on a balancing of the conflicting interests or values” ([BGE 101 II 177 E. 6.a](#)).

3. Causal connection

- 64 Causal connection is generally understood to mean the relationship between cause and effect ([CHKMÜLLER CO 41](#) N 35; [BSK-KESSLER CO 42](#) N 14). In liability law, it specifically concerns the relationship between the cause of the damage (the conduct of the person against whom a claim is made) and the damage itself. This causal connection is a further prerequisite for liability (see N 14). In this context, the conduct of the person against whom a claim is made (cause of the damage) must have had such an effect that, from a natural law perspective, it is the cause of the damage (so-called natural



causality, N 65). On the other hand, however, the connection must also be adequate (= reasonable) in order to be legally relevant (so-called adequate causation, N 66 ff.).

3.1. Natural Causal Connection

- 65 The natural causal connection must be assessed according to logical and natural-law principles ([BGE 123 III 110 E. 2.a](#)). Accordingly, an event is causal in the natural sense if it cannot be disregarded without also disregarding the

278

The success would not have occurred; this (event) need not be the sole or direct cause of the success. In other words, “there is a natural causal connection between two events if the second event would not have occurred without the first” ([BGE 133 III 462 E. 4.4.2](#) = Pra 97/2008 No. 27). Using this conditional formula (**conditio sine qua non**; [BGE 133 III 462 E. 4.4.2](#) = Pra 97/2008 No. 27; [BGE 132 III 715 E. 2.2](#); [BGE 128 III 174 E. 2.b](#) = Pra 91/2002 No. 124), a hypothetical examination is conducted to determine what would have happened had certain facts been omitted. The question is thus: Would the damage have occurred even if the relevant event had not taken place; in other words, does the relevant event constitute a necessary condition for the damage? Such a presumed natural causal sequence cannot be proven with certainty, which is why it is sufficient if the event constitutes the cause of the result with at least a high degree of probability or with a probability bordering on certainty ([BGE 133 III 462 E. 4.4.2](#) = Pra 97/2008 No. 27; [BGE 125 IV 195 E. 2.b](#)). A preponderance of probability is required; a mere possibility of causation is not sufficient (so-called standard of proof of preponderance of probability; [BGE 132 III 715 E. 3.2](#); [BGE 113 Ib 420 E. 3](#)). Causality does not exist if the damage would have occurred even without the harmful event ([BGE 126 III 14 E. 1.c](#) [regarding [CO 56 para. 1](#)]; [BGE 122 III 229 E. 5.a](#) [lawful alternative conduct]). On the proof of **hypothetical causation**: [BGE 115 II 440 E. 6.a](#).

3.2. Adequate causal connection

a) Definition

- 66 From a purely natural law perspective, chains of causation can continue indefinitely. If one were to consider only the actual causation, liability would become boundless. Since such attribution cannot reasonably be expected of the liable party, the aim is to limit liability to those causes that can still reasonably be expected of the tortfeasor, i.e.,



are appropriate (= adequate). The consideration of adequacy thus involves a legally reasonable limitation of liability (BGer [4A 275/2013](#) of Oct. 30, 2013, para. 5; [BGE 138 III 276 para. 4](#); BGer 5C.61/2004 of Apr. 26, 2005 para. 5.4; [BGE 123 III 110 para. 3a](#)). The adequate causal connection thus also serves a **dual function**: on the one hand, it is a general prerequisite for liability (see N 14); on the other hand, it serves to determine the attributable extent of the damage (REY/WILDHABER, margin no. 631).

- 67 Adequacy exists when the breach of duty alleged against the tortfeasor was, in the ordinary course of events and based on general life experience, inherently capable of bringing about an outcome of the kind that actually occurred, such that the occurrence of this outcome appears to have been generally facilitated by the act in question ([BGE 140 II 7, para. 3.4](#); [BGE 135 IV 56 E. 2.1](#); [BGE 129 II 312 E. 3](#); [BGE 123 III 110 E. 3.a](#)).

“Taking into account all circumstances, but also the purpose of the relevant liability

279

provisions, the question must be asked whether, upon evaluative consideration, the occurrence of the damage may still reasonably be attributed to the liable party” (BGer [4C.103/2005](#) of June 1, 2005, para. 5.1). In retrospect, it must be assessed, in the sense of an objective ex post prognosis (*prévisibilité objective*), whether and to what extent the harmful event appears to be a significant cause ([BGE 112 II 439 E. 1.d](#)). Adequacy is thus a **normative corrective** to the scientific concept of causation and a **value judgment** regarding the attribution of damage to the tortfeasor (BGer [4C.103/2005](#) of June 1, 2005, para. 5.1), whereby only the objective foreseeability of the harmful event is decisive ([BGE 131 II 145, para. 5.1](#)). Even extraordinary consequences may, under certain circumstances, constitute adequate consequences of the accident ([BGE 101 II 69 E. 3.b](#)). It is also irrelevant whether the tortfeasor could have foreseen the causal chain or not ([BGE 119 Ib 345 E. 5.b](#); [BGE 101 II 69 E. 3.a](#)). Regarding the different application of the concept of adequacy in social security law, see BGer [4A 45/2009](#) of March 25, 2009 E. 3.3.2; [BGE 123 V 98 E. 3.d](#); regarding subjective foreseeability, which may be relevant in the assessment of fault ([BGE 119 Ib 334 E. 5.c](#)), see N 75 ff.

b) Adequacy in cases of omission

- 68 An adequate causal connection may also be established through omission ([BGE 124 III 155 E. 3.d](#); [BGE 121 III 358 ff.](#)). In assessing the adequacy of an omission, it is examined whether the expected (but omitted) action could not be hypothetically added without the result most likely being precluded ([BGE 115 II 440 E. 4.c](#)). The liable party is accused of having failed to alter the course of causation, even though they were obligated to do so. This so-called “**hypothetical causal connection**” between the occurrence of the damage and the omission



Page 25 of 34

is then affirmed “if timely action would have prevented the damage with a high degree of probability” ([BSKKESSLER CO 41](#) N 18). The causal connection would not exist if the damage had occurred despite the tortfeasor acting in accordance with their duty, i.e., in the case of so-called “lawful alternative conduct” ([BK-BREHM CO 41](#) N 126 with reference to case law). – Regarding the Federal Supreme Court’s approach in examining this question, which resulted in the issue of adequacy being subsumed under the problem of hypothetical causation, see [BSK-KESSLER CO 41](#) N 19.

3.3. Lack of Adequacy

a) Inherently Inadequate Causal Connection

- 69 In the case of a causal connection that is inherently inadequate, adequacy is lacking from the outset. Although a natural causal connection exists between the cause and the result, according to the ordinary course of events and general experience, the cause in question is not generally capable of causing the damage that occurred.

280

b) Loss or interruption of adequacy

- 70 Only an adequate causal connection between the cause and the damage gives rise to liability. Adequacy is no longer present—that is, it is severed—if the result was made possible only by the occurrence of circumstances that are entirely extraordinary and lie outside the normal course of events. “The adequate causal connection is severed if, in addition to a cause that is adequate in itself, another cause intervenes that has such a high degree of causation that the former, upon evaluative consideration, no longer appears legally relevant. The decisive factor is the intensity of the two causes [...]. (BGer [4C.45/2007](#) of Apr. 5, 2007, para. 3.2). The other cause must have such a “high degree of causation” “that the cause set in motion by the tortfeasor, when viewed from a evaluative perspective, no longer appears legally relevant” (Swiss Federal Supreme Court [4A 189/2018](#) of Aug. 6, 2018, para. 4.5.1; [BGE 130 III 182, para. 5.4](#); [BGE 116 II 519, para. 4.b](#)). If the new cause does not possess a certain intensity that breaks the causal link of the primary cause, it merely constitutes a contributing partial cause.
- 71 **Third-party causes that interrupt** causality in this way include: **force majeure** (“an unforeseeable and unavoidable event that [...] strikes with irresistible external force”; [BGE 111 II 429 E. 1.b](#); [BGE 90 IV 265 E. 2.b](#)) or a circumstance for which a third party is responsible, i.e., **gross negligence on the part of a third party** or a circumstance attributable to the injured party (**gross contributory negligence**; see BGer [4A 385/2013](#) of Feb. 20, 2014, para. 4 et seq.; [BGE 111 II 429 para. 1.b](#)). Contributory negligence on the part of the injured party or a third party only interrupts the statute of limitations if the



fault in question “lies so far outside the normal course of events, is so absurd, that it could not have been foreseen” (BGer [6B 360/2015](#) of Dec. 23, 2015, para. 2.4.1 et seq.; BGer [4A 115/2014](#) of Nov. 20, 2014, para. 6.4.1; [BGE 116 II 519, para. 4.b](#)). Only slight or moderate contributory negligence on the part of the injured party constitutes grounds for reduction ([CO 44\(1\)](#)), whereas ordinary thirdparty negligence does not constitute grounds for either reduction or interruption (HUGUENIN, margin no. 1927). Within the framework of fault-based liability under [CO 41\(1\)](#), **chance** may also interrupt adequacy, provided its role—e.g., in comparison with the slight fault of the tortfeasor—is significant enough ([BK-BREHM CO 41N 141 f.](#)). – *Note*: Upon closer examination, these so-called “grounds for interruption” do not lead to an interruption, but rather to the elimination of the adequate causal connection. For if the damage is essentially attributable to one of these grounds for interruption, the tortfeasor’s act is precisely not the adequate cause of the damage (HUGUENIN, margin no. 1929).

- 72 Not every third-party cause is capable of interrupting the adequate causal connection. As long as the thirdparty cause does not lie so far outside the normal course of events that it was simply unforeseeable, the adequate causality of the primary cause remains intact ([BGE 112 II 439 E. 1.d](#)).

281

3.4. Special Forms of Causality

- 73 Several causes may contribute significantly to a loss from a legal standpoint, either in such a way that each cause alone could have brought about the loss (**cumulative causation**), or in such a way that the loss could only have occurred through the combined effect of several causes (**partial or contributory cause**). In both cases, each party causing harm is liable for the entire damage ([HaftpflichtKomm-FISCHER CO 41](#) N 147 with further references in footnote 302; see also [BSK-KESSLER CO 41](#) N 24 with the correct observation that “the injured party may not receive more compensation than corresponds to the actual damage,” which is why “a reduction in compensation may be made at the court’s discretion,” provided that the liability is not based on strict liability). **Chance** ([CO 43](#) N 13) or **contributory conduct on the part of the injured party** must be taken into account in the assessment of damages ([CO 43, 44](#)). In cases of **constitutional predisposition** ([BGE 131 III 12 et seq.](#); [BGE 113 II 86 et seq.](#); OFTINGER/STARK, I, § 3 margin no. 95 et seq.; KELLER/GABI/GABI, 117) of the injured party as a contributing cause, a distinction is made, for example, between pre-existing conditions that would have had an effect even without the harmful event (these must be taken into account in the calculation of damages) and those that facilitate or exacerbate the damage (these too must be taken into account under [CO 43, 44](#) [BGer [4A 259/2012](#) of 13.09.2012 E. 3.1 et seq.; [BGE 113 II 86 et seq.](#); [BGE 112 II 87 E. 2.b](#)]).
- 74 Natural causation is deemed unproven if only one or the other cause could have been the cause of the damage (**alternative causation**; [BK-BREHM CO 41](#) N 145; REY/WILDHABER,



Rz 739). Alternative causation does not constitute a problem of causation, but rather a problem of proof, with the consequence, as previously held by prevailing doctrine, that no tortfeasor is liable “as long as it cannot be proven who actually caused the damage” (REY/WILDHABER, Rz 743 with reference to this doctrine). According to more recent doctrine, this result is objectionable. Some scholars advocate joint and several liability for all potential tortfeasors, even if “it cannot be proven that any of them caused the damage.” Other authors, in turn, propose apportioning liability based on probability (HUGUENIN, para. 1933; see also REY/WILDHABER, para. 744). Still others are of the opinion that it should be “decided on a case-by-case basis whether and to what extent the injured party should be able to pass on their damage to the potential tortfeasors in such a situation” (HUGUENIN, para. 1933). If the damage has already occurred before a second cause is set in motion (**overlapping causation**), the second cause lacks natural causation (destruction of an already destroyed object, running over a traffic victim who is already dead), which is why the perpetrator of the second cause is not liable ([BGE 135 III 397 E. 2](#); [BK-BREHM CO](#) 41N 147 ff.; [BSK-KESSLER CO 41](#) N 26). Given that the superseded cause had no effect, but the damage situation already existed, it is proposed that this be taken into account in the assessment of damages and particularly in the calculation of damages in cases of personal injury (REY/WILDHABER, margin no. 728).

282

4. Fault

4.1. Concept and Function

- 75 Fault, as defined in civil law, refers to human conduct that causes damage and is considered so reprehensible that it justifies holding the wrongdoer liable ([BGE 116 Ia 162, para. 2.c](#); [HaftpflichtKommFISCHER CO 41](#), note 152). The allegation of fault “involves a negative, disapproving legal characterization of human conduct” (KELLER/GABI/GABI, 61; [HaftpflichtKomm-FISCHER CO 41](#) N 153; REY/WILDHABER Rz 962; cf. [CHK-MÜLLER CO 41](#) N 6; [KuKo-SCHÖNENBERGER, p. 41](#), n. 29; [BK-BREHM, p. 41](#), n. 168). The conduct in question is assessed according to an **objective standard**, as it is compared with the conduct that could reasonably be expected from an average person under the given circumstances ([CHK-MÜLLER, p. 41](#), n. 10 and 11 [Standard of Conduct]. In criminal law, however, the subjective concept of fault applies: REY/WILDHABER, margin no. 1004).
- 76 In addition to its function as a basis for attributing liability (see N 2), fault also serves as a standard for assessing damages ([CO 43, 44](#); see, among many others, HUGUENIN, margin note 1972).



4.2. Components of Fault

77 Fault has an objective and a subjective component ([CHK-MÜLLER, para. 41](#), note 9; [HaftpflichtKomm-FISCHER, para. 41](#), note 157; HUGUENIN, para. 1974):

- The subjective component consists of the capacity to form a judgment,
- the objective in the deviation from the legally required average conduct that avoids harm.

In principle, the fulfillment of both components of fault is a prerequisite for liability. If the capacity to exercise judgment (subjective component) is lacking, liability based on equity may apply to persons lacking such capacity ([CO 54](#); REY/WILDHABER, margin note 971).

a) Capacity to exercise judgment as a subjective component of fault

78 As a basis for liability, fault presupposes the (presumed) capacity to discern ([ZGB § 16](#)) of the tortfeasor ([CHK-MÜLLER CO 41](#) N 12; [BSK-KESSLER CO 41](#) N 51). Legal capacity is not required ([ZGB 19 para. 3](#)). A person is deemed to have capacity to discern if they do not lack the ability to act reasonably due to their young age, mental disability, psychological disorder, intoxication, or similar conditions ([ZGB 16](#)). Capacity to form a judgment includes the ability to recognize the consequences (dangers) of an act (intellectual component), an understanding of the potential for harm, as well as the will and the strength to behave accordingly (volitional component; willpower to refrain) ([BGE 124 III 5 E. 1.a](#); [BGE 102 II 363 E. 4](#); REY/WILDHABER, margin no. 968; [CHK-MÜLLER CO 41](#) N 12). It is not required that the wrongdoer be able to recognize the unlawfulness of his conduct (BK-BREHM CO 41

283

N 180). The capacity to discern must exist at the time of the act or omission, specifically with regard to the conduct in question ([BGE 117 II 231 E. 2.a](#); REY/WILDHABER, margin note 978). In the case of children in particular, specific consideration is given to their stage of development and the demands that the situation in question places on reasonable conduct ([BGE 123 III 306 E. 5](#); cf. REY/WILDHABER, margin nos. 978–990, regarding case law). Impaired judgment must be taken into account when assessing damages ([CO 43](#)).

b) Intent or negligence as an objective element of fault

aa) General



- 79 Fault is the negative legal characterization of human conduct (see N 75). It is deemed objectively culpable if it deviates from the average conduct appropriate under the given circumstances (see N 77). This deviation can take two forms: intent and negligence.

bb) Intent (purpose)

- 80 Intent (purpose) exists when the perpetrator consciously and deliberately brings about both the act and its result. A person acts with conditional intent if they at least anticipate the possibility of the result and, should it occur, are willing to accept it ([BGE 126 IV 165 E. 4](#); HUGUENIN, Rz 1976), i.e., would behave the same way if they knew that the damage would certainly occur (to distinguish from gross negligence, where the tortfeasor is aware of the risk of causing damage but trusts that the possible outcome will not occur: [BGE 125 IV 242 E. 3.c](#)).
- 81 The distinction made in legal doctrine between (malicious) intent, simple (direct) intent, and conditional intent is irrelevant for establishing liability ([CHK-MÜLLER CO 41](#) N 14). As grounds for attributing liability (see note 2), they are equivalent; however, they may become relevant in the assessment of damages ([CO 43 para. 1](#)) (see [CO 43N 15 ff.](#)). – For the distinction between (malicious) intent, simple (direct) intent, and conditional intent, as well as the corresponding examples, see REY/WILDHABER, margin no. 993 et seq.

cc) Negligence

- 82 Negligence is legally defined as “reprehensible lack of care” ([BK-BREHM CO 41](#) N 196). “What is reprehensible in negligence is a lack of care that must be measured objectively in each case” ([BSKKESSLER CO 41](#) N 48a). This means a failure to exercise the degree of care required by customary standards of conduct from persons in the same recognizable circumstances as the actor under the recognizable concrete circumstances (similarly, see REY/WILDHABER, margin no. 1002). Thus, a person acts negligently who disregards the foreseeable harm to a third party (OFTINGER/STARK, I, § 5, margin note 51) and fails to exercise the care to which they are obligated under the circumstances (place, time, other circumstances: age, occupation of the tortfeasor). **Only objective circumstances are relevant;**

284

subjective circumstances such as emotional distress, deep grief, and the like are not taken into account in civil law ([BSK-KESSLER CO 41](#) N 48a; cf. [BGE 137 III 539 E. 5.2](#); [BGE 88 II 448 E. 2.c](#)).

“A lack of due care is determined by comparing the actual conduct of the tortfeasor with the hypothetical conduct of a reasonably careful person in the tortfeasor’s situation. Any negative deviation from this required standard of care is deemed contrary to due care and thus negligent” ([BGE 116 Ia 162 E. 2c](#); REY/WILDHABER, Rz 1003). A person who is suddenly placed in



a dangerous situation by a third party and, from among various possible measures, does not take the one that, upon subsequent reflection, appears to be the most objectively appropriate (inappropriate reaction), is not acting negligently if the measure taken is approximately equivalent to the “correct” one and the difference in effectiveness could not be recognized solely because of the requirement to act quickly ([BGE 101 IV 80 E. 3](#)). Since “all necessary” care is required and not merely the usual standard, even the practice of longstanding customs may constitute a breach of the duty of care (free grazing in the Jura from 1384 until September 29, 1959: [BGE 85 II 243 E. 1](#)).

dd) Types of Negligence

- 83 Negligence is classified according to degrees of severity ([BGE 100 II 332 E. 3](#)). This differentiation is necessary because various legal provisions refer to the respective degree of severity of the negligent act. In principle, a tortfeasor is liable for any fault ([CO § 99\(1\)](#) for contract law). However, this rule is partially superseded by special provisions (e.g., [CO 248\(1\)](#): liability only for gross negligence; [CO 100\(1\)](#): conditions for liability based on intent and gross negligence are invalid). For further such provisions, see *HaftpflichtKomm-FISCHER*, [CO 41 N 169](#). Furthermore, these gradations also allow for due consideration of fault when assessing damages (KELLER/GABI/GABI, 64; see also the case studies on degrees of fault in [BK-BREHM CO 41N 201 ff.](#)).
- 84 The law provides for a two-tier classification of negligence based on severity: **gross negligence** and **slight negligence** ([CO 100 para. 1](#), [CO 248 para. 1](#), [CO 452 para. 1](#)). Legal doctrine and case law additionally distinguish an intermediate level of **moderate negligence** ([BGE 100 II 332 E. 3a](#); [BK-BREHM CO 41N 197 ff.](#); FELLMANN/KOTTMANN margin no. 565; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER margin no. 2972. – Rejected by: OETINGER/STARK, I, § 5, margin no. 105, footnote 102 at the end; [KuKo-SCHÖNENBERGER CO 41 N 34](#)).
- 85 **Gross negligence** is the disregard of basic rules of caution and always constitutes serious fault. In the case of this negligence, no account is taken of what should have been obvious to any reasonable person in the same situation and under the same conditions ([BGE 121 V 40 E. 3.b](#); [BGE 119 II 443, para. 2.a](#); [BGE 118 V 305, para. 2.a](#); [BGE 115 II 283, para. 2.a](#); [BGE 111 I.b 192 E. 3](#); [HaftpflichtKomm-FISCHER CO 41 N 170](#); [BSK-KESSLER CO 41 N 49](#); [KuKo-SCHÖNENBERGER CO 41 N 34](#); REY/WILDHABER, margin note 1015; HUGUENIN, margin note 1986). The conduct of the tortfeasor is

285

“utterly incomprehensible” (BGer [4C 92/2007](#) of 06/08/2007 E. 5.2). In layman’s terms, gross negligence exists when one has to say: “How on earth could he have done that?” ([HaftpflichtKomm-FISCHER CO 41 N 170](#); [KuKo-SCHÖNENBERGER CO 41 N 34](#)).



- 86 **Slight negligence** is a minor breach of the required standard of care (REY/WILDHABER, margin note 1022). Based on the classic dichotomy of negligence (N 84), those who reject the concept of moderate negligence define any negligence that is not gross as slight (see [BSK-KESSLER CO 41](#) N 50; see also the references in REY/WILDHABER, margin no. 1022), but in which the actor nevertheless disregards duties of care that “are required by the standards of conduct expected of persons in the same circumstances as the actor under the same recognizable concrete circumstances” (KELLER/GABI/GABI, 64 f.; [HaftpflichtKomm-FISCHER CO 41](#) N 171). Slight negligence exists when one must say: “He really should have” ([HaftpflichtKomm-FISCHER CO 41](#) N 171), or the tortfeasor’s conduct is “still somewhat understandable,” or a breach of duty of care of this kind “can happen” (REY/WILDHABER, margin note 1022 with further references).
- 87 **Moderate (ordinary) negligence**, which is not provided for in the law, is defined negatively in the same way as slight negligence and, according to [BGE 100 II 332 E. 3.a](#), when the fault is not slight but does not reach such a degree of severity that the application of [CO 44 para. 2](#) would be excluded ([Liability Committee FISCHER CO 41](#) N 172). The rationale for this intermediate level, introduced by the Federal Supreme Court in 1974, was to create the possibility of applying [CO 44 para. 2](#) “even when there was no slight negligence, but the conduct did not appear to be grossly negligent either” (HUGUENIN, margin no. 1988; see also REY/WILDHABER, margin no. 1019 et seq.).

ee) The Principle of Risk in Particular

- 88 The **principle of risk** is a “fundamental principle of the legal system” (OFTINGER, I, 88). It states: “Anyone who creates or maintains a situation that could cause harm to another is obligated to take the necessary precautions to prevent such harm” (REY/WILDHABER, margin no. 899; see BGer [4A 520/2007](#) of March 31, 2008, para. 2.1; [BGE 130 III 193, para. 2.2](#); [BGE 126 III 113, para. 2.a/aa](#);
- See KRAUSKOPF/MÄRKI/WIRZ, p. 437 ff., for a discussion of the individual terms. It plays a significant role **primarily in assessing the (objective) aspect of fault** (KELLER/GABI/GABI, 51); “whoever fails to take the necessary protective measures violates their duty of care [...]” ([BGE 124 III 297 E. 5.b](#); BERGER, margin no. 1869; KELLER/GABI/GABI, 69). Thus, it is the failure to take the necessary protective measures that constitutes negligence, and not merely the creation or maintenance of the dangerous condition. An exception is to be made “in the case of those dangerous conditions” “which clearly cannot be countered by any protective measures” (KELLER/GABI/GABI, 70); in such cases, the creation or maintenance of the dangerous condition alone constitutes fault (KELLER/GABI/GABI, op. cit.; REY/WILDHABER, margin no. 1032). Furthermore, the principle of risk can be used to assess the **hypothetical causal connection**



286

between an omission and the damage that has occurred. For here, the normative connection is established by “first imagining a positive act, which cannot then be disregarded without also eliminating the result that has occurred,” and only such an act may be imagined “which the person concerned would have been obligated to perform” (BERGER, para. 1864; see [BGE 124 III 297 E. 5.b](#); FELLMANN/KOTTMANN, margin note 434, 488 ff.).

- 89 It is questionable whether the risk doctrine is also relevant **in the context of unlawfulness**. It is recognized that the risk doctrine is not suitable for establishing unlawfulness within the meaning of a protective norm in cases of pure financial loss (BGer [4C.119/2000](#) , Oct. 2, 2000, para. 2.b; [BGE 124 III 297 E. 5.b](#); [BGE 119 III 127 E. 3](#); FELLMANN/KOTTMANN, margin note 349; [BSK-KESSLER CO 41](#) N 38; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, margin note 50.33). In other words: The risk principle is not a protective norm in the strict sense. However, in cases of omissions, the risk principle can, according to prevailing opinion, establish unlawfulness within the context of the infringement of absolute rights (fundamental: BGer [4C.119/2000](#) of Oct. 2, 2000, para. 2.b; see also BGer [4A 83/2015](#) of June 15, 2015, para. 4.2; BGer [4A 104/2012](#) of August 3, 2012, para. 2.1; Federal Supreme Court [4A 520/2007](#) of March 31, 2008, para. 2.1; FELLMANN/KOTTMANN, margin nos. 348 et seq., 493, and 581; BSK-KESSLER, op. cit.; HUGUENIN, margin no. 1955; REY/WILDHABER, margin note 902; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, loc. cit.; dissenting opinion [BREHM CO 41](#) N 45a, according to which the The principle of risk is relevant only in assessing fault; see also KELLER/GABI/GABI, 49 ff.). This view is generally to be endorsed, with the clarification that the violation of an absolute right is also based on the violation of a (fundamental) protective norm (see note 35). These fundamental protective norms are all based on positive conduct, which is why they cannot, in principle, be violated by omission alone. In this regard, the principle of risk serves to concretize the fundamental protective norms by establishing a duty of conduct, such that these norms can also be violated by omission. The risk principle thus forms the “hinge” between the violation of a fundamental protective norm (which is in principle only possible through an act) and omission (a similar mechanism is found in criminal law in [StGB 11](#)).

4.3. Fault in the Liability of a Legal Entity

- 90 In the case of liability of a legal entity, the fault of its organs must be examined. If such fault is absent, the legal entity is also not liable ([ZGB § 55\(2\)](#)).

4.4. Substitution of fault

- 91 For the substitution of the liability requirement of fault in so-called strict liability cases, see N 2.

V. Liability versus obligation to pay damages



- 92 If the requirements of [CO 41\(1\)](#) are met, the tortfeasor is liable and consequently obligated to pay damages; if one of the four requirements is missing (damage, unlawfulness,

287

causal connection, fault), no liability arises. The principle applies: *casum sentit dominus* (see N 1).

- 93 However, if the tortfeasor's liability is established because the conditions for liability are met, this does not mean that full compensation for the damage caused must always be paid. **Liability and the obligation to pay damages must always be distinguished.** For in addition to [CO 41\(1\)](#), which governs the principle of liability, other provisions specify the amount of damages (and, under certain circumstances, the reduction of the obligation to pay damages) or provide for the shifting of liability to other parties liable for compensation within the framework of recourse (see [BK-BREHM CO 41N 222 ff.](#) for the whole).

VI. Contractual Exclusion of Liability

- 94 The contractual exclusion of liability and its effect under tort law is relatively controversial. However, within the framework of the restrictions of [CO 100](#), [CO 101](#), and [CO 20](#) or [ZGB 27](#), however, their validity is generally affirmed; yet, in the context of these provisions regarding personal injury, this effectively means that such disclaimers are void ab initio (see on this subject [BK-BREHM CO 41N 230 ff.](#), esp. N 232 ff.; see also BÜSSER, 97 ff.). On the limitation of liability and the exclusion of liability (disclaimer) in the context of fiduciary liability, which concerns the establishment of the basis for liability, see EMMENEGGER, [ZBJV 2005, 537](#).

VII. Intentional harm contrary to public policy ([CO 41 para. 2](#))

- 95 Contrary to public policy pursuant to [CO 41\(2\)](#) refers to **ethically reprehensible conduct** ([Liability Committee – FISCHER CO 41](#) N 180). Paragraph 2 applies independently only where there is no unlawfulness, in particular a violation of [ZGB 2](#), which will rarely occur. In particular, the performance of contracts that are not defective within the meaning of [CO 18 et seq.](#) cannot be contrary to public policy ([BGE 100 II 200 E. 17.b](#) [payment of assets of the “*Front de libération nationale FLN*” to the depositor rather than to the requesting Algerian state]; see also [BGE 96 II 145 E. 5](#) [Bank advises the cohabiting partner entitled to the account to secure the assets intended for her from the widow]). A person who has been acquitted cannot be required to reimburse criminal proceedings costs on the basis of conduct that, while reprehensible from an ethical standpoint, is not punishable by law ([BGE 116 Ia 162 E. 2.b](#)).



Page 34 of 34

- 96 Even in cases of an extreme breach of good faith, the fact that the act is contrary to public policy must be taken into account as a basis for liability, unless—as some legal scholars argue—the breach of good faith itself is regarded as an act contrary to public policy within the meaning of [Art. 41\(1\) of the CO](#) (see note 37 et seq.). In cases of violations of [Art. 2 of the ZGB](#), the Federal Supreme Court (BGer) rejects the illegality theory but recognizes a duty to pay damages for a violation of public policy within the context of special relationships (a specific relationship of trust and loyalty) ([BGE 121 III 350, para. 6](#)).
- 97 On the relationship between para. 1 and para. 2 and on the elements of [CO 41 para. 2](#), see BIERI, [AJP 2008, 549](#).

258

Artikelkommentar

OR 41

Autoren

Willi Fischer, Anna Böhme, Fabian
Gähwiler

Kommentar zum Schweizerischen
Obligationenrecht

Auflage

4. aktualisierte und überarbeitete Auflage

Seiten

258-287

Verlag

Orell Füssli Verlag AG

Dokumenttitel

Art. 41

Titel

OR Kommentar

Reihe

OFK - Orell Füssli Kommentar

Jahr

2023

Herausgeber

Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf,
Marc Amstutz, Roland Fankhauser

ISBN

978-3-280-07470-1

[In Swisslex öffnen](#)

Zweiter Abschnitt: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen

Art. 41

A. Haftung im Allgemeinen

I. Voraussetzungen der Haftung

¹ Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.



² Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

259

I. Vorbemerkung

- 1 Eine ausservertragliche Haftpflicht, d.h. ein Einstehenmüssen für zugefügte Schäden, kommt immer nur dann in Betracht, wenn sich eine Schadensabwälzung aus einem bestimmten Rechtsgrund rechtfertigt. Denn grds. hat jedermann einen erlittenen Schaden selbst zu tragen – *casum sentit dominus* (KELLER/SCHMIED-SYZ, 3; REY/WILDHABER, Rz 20; vgl. FELLMANN/KOTTMANN, Rz 5).
- 2 Das ausservertragliche Haftpflichtrecht kennt zwei Haftungsarten:
 - die Verschuldens- und
 - die Kausalhaftung.

Während bei der **Verschuldenshaftung** das persönliche Verschulden des Haftpflichtigen Haftungszurechnungsgrund und damit Rechtsgrund für eine Schadensabwälzung bildet, setzen die sog. **Kausalhaftungen** (sowohl die milden [oder gewöhnlichen] als auch die scharfen [oder Gefährdungshaftungen]) kein persönliches Verschulden des Haftpflichtigen voraus (HUGUENIN, Rz 1832); Haftungszurechnungsgrund bildet (anstelle des Verschuldens) eine besondere Beziehung des Haftpflichtigen zum haftungsbegründenden Tatbestand (wobei einzelne Kausalhaftungen – z.B. [OR 55](#) und [OR 56](#) – zusätzlich eine Unsorgfalt voraussetzen, welche gesetzlich vermutet wird, sobald sich der haftungsbegründende Tatbestand verwirklicht hat [KELLER/GABI/GABI, 73], andere wiederum – z.B. [OR 58](#) – knüpfen an eine Ordnungswidrigkeit an [BSK-KESSLER [OR 41](#) N 1; KuKo-SCHÖNENBERGER [OR 41](#) N 9]; zu den verschiedenen Anknüpfungstatbeständen vgl. HaftpflichtKomm-FISCHER Vorbem. zu [OR 41–61](#) N 26). Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen entsprechen jenen der Verschuldenshaftung. Als Ausnahme vom Grundsatz der Verschuldenshaftung bedarf jede Kausalhaftung einer besonderen gesetzlichen Grundlage; die Gefährdungshaftungen (scharfen Kausalhaftungen) sind ausschliesslich ausserhalb des [OR](#) in Spezialgesetzen geregelt.

II. Anwendungsbereich

1. Grundsatz der Universalität

- 3 Die Verschuldenshaftung gem. [OR 41](#) findet überall dort Anwendung, wo keine sie verdrängende Sonderbestimmung vorgeht (Grundsatz der Universalität: OFTINGER/STARK, I, § 1 Rz 103). Dies gilt z.B. im Verhältnis der Kausalhaftungen als *leges specialis* gegenüber der Verschuldenshaftung ([BGE 115 II 237 E. 2.a](#); BSK-KESSLER [OR 41](#) N 1a). Zahlreich sind die spezialgesetzlichen



Verweisungen auf [OR 41 ff.](#), als Globalverweisung wie in [OR 99 Abs. 3](#) oder ZGB 7 (für die Haftungstatbestände des [ZGB](#) [[BGE 119 II 12 E. 2.c](#)]) oder als Spezialverweisungen wie in [SVG 59 Abs. 4](#). Im Übrigen werden die Bestimmungen von [OR 41 ff.](#) auch herangezogen, wo eine Spezialnorm eine Frage offenlässt. Wo das kant. Recht in seinem Anwendungsbereich auf [OR 41 ff.](#) verweist, gilt dieses als stellvertretendes kant. Recht ([BGE 100 II 120 E. 2.b](#)). Wo kant. Recht lückenhaft ist, wird [OR 41 ff.](#) angewandt ([BGE 112 II 32 E. 1.a](#) [Prozesskosten]).

260

2. Anspruchskonkurrenz

- 4 Anspruchskonkurrenz besteht mit der vertraglichen Haftung ([BGE 130 III 193 E. 2](#); [BGE 120 II 58 ff.](#); [BGE 113 II 246 E. 3](#); [BGE 112 II 138 E. 3](#); BSK-KESSLER [OR 41](#) N 2; HUGUENIN Rz 908 u. 1840): Durch die Verletzung einer vertraglichen Pflicht kann u.U. gleichzeitig auch eine unerlaubte Handlung begangen werden; in einem solchen Fall ist der Geschädigte i.S. der Anspruchskonkurrenz berechtigt, sich «nebeneinander auf beide Haftungsgründe zu berufen» ([BGE 120 II 58 E. 3.a](#)). Wegen unterschiedlicher Verjährungsfristen, der verschiedenen Haftung für Hilfspersonen und Beweislast ist die Abgrenzung zur Haftung aus Vertrag wesentlich (vgl. HUGUENIN, Rz 1840). Bei der **unentgeltlichen Auskunft** wird nur bei besonderem Vertrauensverhältnis ein Vertrag angenommen ([BGE 124 III 363 E. 5.a](#) [Auskunft eines Anwaltes im Auftrag seines Klienten]; [BGE 101 II 69](#) [Haftung für falsches Arbeitszeugnis]). Bei der **Gefälligkeit** ist zu beachten, dass trotz Unentgeltlichkeit der Leistung nach der Vertrauens Theorie ein Vertrag zustande gekommen sein kann ([BGE 116 II 695 E. 2.b](#); zur Gefälligkeitshaftung vgl. [BGE 137 III 539](#), Abgrenzung zum Vertrag: E. 4.1; vgl. zur Gefälligkeitshaftung ausführlich und differenzierend HUGUENIN Rz 1662 ff.). Die **culpa in contrahendo** ist gem. BGer dogmatisch schwer einzuordnen ([BGE 108 II 305 E. 2.a](#)), wobei gem. [BGE 101 II 266 E. 4](#) die Rechtsfolgen für jeden Aspekt einzeln zu bestimmen sind, z.B. die Verjährung nach OR 60 ([BGE 109 Ia 5 E. 4](#)), die Haftung für Hilfspersonen nach OR 101 ([BGE 108 II 419 E. 5](#)) oder die Haftung des Urteilsunfähigen ([BGE 102 II 226 E. 2.b](#)). Anspruchskonkurrenz besteht auch zum [PrHG](#) (REY/WILDHABER, Rz 58).
- 5 Gegenüber Spezialgesetzen, welche die Materie erschöpfend regeln (z.B. Immaterialgüterrecht) und die gegenüber dem allgemeinen Recht erhöhten Schutz bieten, existiert keine Anspruchskonkurrenz (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 1a).

3. Haftpflichtbestimmungen ausserhalb von [ZGB](#) und [OR](#)

- 6 Ausserhalb von [ZGB](#) und [OR](#) enthalten insb. folgende Gesetze Haftpflichtbestimmungen: [BZG](#), [EBG](#), [EleG](#), [GTG](#), KG, [KHG](#), [LFG](#), [MG](#), [POG](#), [PrHG](#), [RLG](#), [SprstG](#), [SSG](#), [StSG](#), [SVG](#), [TrG](#), [USG](#), [UWG](#), [ZDG](#).



III. Passiv- und Aktivlegitimation

1. Subjekt der Haftpflicht (Passivlegitimation)

- 7 Haftpflichtiger kann sowohl eine nat. als auch eine jur. Pers. sein. Letztere haftet aus [ZGB 55 Abs. 2](#), wenn die handelnde Person als deren Organ agiert, sonst kann eine Haftung aus [OR 55](#) gegeben sein (Abgrenzung zwischen [OR 55](#) und [ZGB 55](#) vgl. [OR 55N 10 f.](#)). Zur Kollektiv- und Kommanditgesellschaft vgl. [OR 567 Abs. 3](#) ([BGE 124 III 363 E. II.2](#) [Haftung einer Anwaltskanzlei]). Die handelnde Person selbst bleibt persönlich haftbar ([ZGB 55 Abs. 3](#); vgl. HaftpflichtKomm-FISCHER Vorbem. zu [OR 41–61 N 42](#)).
- 8 Für die **Organstellung** kommt es nicht auf die Bezeichnung der nat. Pers. an, sondern auf ihre tatsächliche Stellung, d.h. die Möglichkeit, die Willensbildung der jur. Pers. zu

261

beeinflussen. Es genügt nicht, wenn ein Mitarbeiter in einem stark eingeschränkten Geschäftsbereich die ihm übertragene Tätigkeit selbstständig ausführt ([BGE 122 III 225 E. 4.b](#)). Ob Organ ([ZGB 55](#)) oder bloße Hilfsperson ([OR 55, 101](#)) ist bedeutsam für die Stellung im Regress (vgl. [OR 51](#); HaftpflichtKomm-FISCHER Vorbem. zu [OR 41–61 N 43](#)).

2. Anspruchsberechtigung (Aktivlegitimation)

- 9 Anspruchsberechtigt nach den Grundsätzen des Haftpflichtrechts ist jeder, der einen sog. **direkten Schaden** erlitten hat; Rechtsfähigkeit reicht. Daher kann auch das ungeborene Kind (*nasciturus*) unter Vorbehalt seiner lebenden Geburt Haftpflichtansprüche stellen.
- 10 Die Frage der Anspruchsberechtigung ist insb. eine Frage der Widerrechtlichkeit (vgl. N 33 ff.): Nur wer aufgrund einer widerrechtlichen Handlung einen Vermögensschaden erleidet, ist ein sog. Direktgeschädigter und – bei Erfüllung der übrigen Haftungsvoraussetzungen – ersatzberechtigt.
- 11 Unmittelbar mit dem Begriff der Widerrechtlichkeit verbunden ist die grds. Verneinung der Aktivlegitimation und damit die grds. Verneinung einer Haftung für sog. **indirekten Schaden oder Reflexschaden**. Bei diesen Schäden handelt es sich um Vermögenseinbussen, die einer Drittperson als Folge einer Schädigung einer anderen direktgeschädigten Person entstehen; gegenüber diesen Drittpersonen, die zwar einen Vermögensschaden erleiden, wird aber nicht auch widerrechtlich gehandelt. Ihrem Schaden fehlt die eigene Widerrechtlichkeit (vgl. auch N 31 f.).
- 12 Völlig verschieden sind die Fälle, in denen der tatbestandsmässig Verletzte aufgrund besonderer Umstände rechnerisch keinen eigenen Vermögensschaden erleidet, dieser aber notwendigerweise im



Vermögen einer Drittperson entsteht, die jedoch ihrerseits wegen fehlender eigener Widerrechtlichkeit keinen Anspruch gegen den Schädiger besitzt. Dieses Phänomen kann infolge einer **Schadensverlagerung** bei den sog. Gefahrenentlastungsfällen ([OR 185](#)) oder durch **unmittelbare Drittschadensentstehung** bei den Fällen einer indirekten Stellvertretung, den Obhuts- und den Treuhandfällen auftreten. In diesen Konstellationen wird es als stossend empfunden, den Schädiger nur deshalb nicht haften zu lassen, weil beim anspruchsberechtigten Verletzten sich die schädigende Handlung nicht vermögensmindernd auswirkte, sondern der Schaden aufgrund einer gefahrenentlastenden, vorbestehenden Beziehung auf einen Dritten verlagert ist oder aufgrund anderer Ursachen (z.B. Treuhandverhältnis) nur beim Dritten entstehen kann. Für diese Fälle ist in der deutschen Lehre und Rspr. das Institut der sog. **Drittschadensliquidation** anerkannt. Die schweizerische Lehre und Rspr. lehnen diese Rechtsfigur zum Teil noch ab (BK-BREHM [OR 41N 26 f. m.w.V.](#)), während andere darauf hinweisen, dass bei konsequenter Anwendung der Differenztheorie (vgl. hierzu hinten N 17) ohne dieses Institut nicht auszukommen sei (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz 14.26; sinngemäss auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz 2882 ff.; ebenso KRAMER/PROBST, Rz 306. Zur Drittschadensproblematik vgl. grds. HaftpflichtKomm-FISCHER Vorbem. zu [OR 41–61N 57 ff.](#)).

 262

- 13 **Besondere Fälle:** (a) Körperverletzung eines **lohnfortzahlungsberechtigten Arbeitnehmers**: Der in seinem absoluten Recht verletzte Arbeitnehmer erleidet wegen der Lohnfortzahlung keinen entsprechenden Vermögensschaden; gegenüber dem zahlenden Arbeitgeber (=Drittperson) wird keine widerrechtliche Handlung begangen, weshalb sein Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen ein nicht ersatzberechtigter Reflexschaden ist ([BGE 126 III 521 E. 2.a](#)). Gemäss BGer widerspricht dies dem Zweck der Lohnfortzahlung, weshalb dem Arbeitgeber – mittels Lückenfüllung – in analoger Anwendung von [OR 51 Abs. 2](#) ein **Regressanspruch** zusteht ([BGE 126 III 521 E. 2.b](#); REY/WILDHABER, Rz 282; vgl. [OR 51](#) N 23). Genau genommen handelt es sich hier um einen Schadensverlagerungsfall analog zu [OR 185](#), weshalb eigentlich das Institut der sog. Drittschadensliquidation (vgl. N 12) anwendbar wäre; – (b) **Vermögensschäden der Strom-/Wasserbezüger** wegen Betriebsunterbruchs infolge Beschädigung der ihnen nicht gehörenden Leitungen ([BGE 102 II 85 E. 6](#); [BGE 101 Ib 252 E. 2.d](#); vgl. hierzu hinten N 30 und N 48); – (c) **Versorgerschaden** gem. [OR 45 Abs. 3](#) (vgl. hierzu [OR 45N 10 ff.](#)).

IV. Voraussetzungen ausservertraglicher Verschuldenshaftung

- 14 Bei der Deliktshaftung gem. [OR 41 Abs. 1](#) müssen folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:



- ein Vermögensschaden (N 15 ff.),
- eine unerlaubte, d.h. widerrechtliche Handlung (N 33 ff.),
- ein (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Handlung und dem Schaden (N 64 ff.) und
- ein Verschulden des Urhebers (N 75 ff.).

([BGE 132 III 122 E. 4.1](#) = Pra 95/2006 Nr. 107). Aus [ZGB 8](#) ergibt sich, dass alle vier Elemente vom Geschädigten zu beweisen sind.

1. Schaden im Rechtssinne

1.1. Allgemeines

- 15 Erste Voraussetzung eines haftpflichtrechtlichen Schadenersatzanspruches ist die Existenz eines Vermögensschadens; er ist *conditio sine qua non* der Haftpflicht – ohne Vermögensschaden keine Haftpflicht (BK-BREHM [OR 41](#) N 69; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 3; REY/WILDHABER Rz 161; anders ROBERTO, Rz 03.11 ff.; vgl. [BGE 143 III 254 E. 3.2](#)).
- 16 Trotz dieser zentralen Bedeutung definiert das [OR](#) den ersatzfähigen Schaden nicht ([BGE 132 III 359 E. 4](#); [BGE 127 III 73 E. 4.a](#)); es setzt ihn vielmehr voraus (BK-BREHM [OR 41](#) N 69; REY/WILDHABER Rz 162).
- 17 Sowohl Rspr. als auch Lehre anerkennen aber einhellig: Schaden im rechtlichen Sinne ist eine **unfreiwillige Vermögensverminderung**(*damnum emergens*) oder ein **unfreiwillig entgangener Gewinn** (*lucrum cessans*; [BGE 133 III 462 E. 4.4.1](#)). Zum

263

Vermögen gehören dabei einzig die wirtschaftlich «messbaren Güter, an denen eine Person berechtigt ist» (OFTINGER/STARK, I, § 2 Rz 5), «[...] während die Beeinträchtigung persönlich-ideeller Rechtsgüter an sich keinen (Vermögens-)Schaden darstellt [...]. Schaden im Rechtssinne ist [somit] die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte [...] bzw. den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und denjenigen, die [der geschädigten Person] ohne dieses Ereignis zugeflossen wären» (sog. **Differenztheorie**: [BGE 127 III 403 E. 4](#); ferner [BGE 133 III 153 E. 3.5](#); [BGE 132 III 321 E. 2.2.1](#); [BGE 132 III 186 E. 8.1](#); BGer [4C.338/2004](#) v. 27.04.2005 E. 3.2 = Pra 95/2006 Nr. 7; [BGE 129 III 331 E. 2.1](#); [BGE 129 II 49 E. 4.3.2](#)). Mit anderen Worten: Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung



der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen ([BGE 132 III 321 E. 2.2.1](#)). Dieser Gesamtvermögensvergleich findet in der Praxis jedoch nicht statt, sondern es wird nur der konkrete Verlust ermittelt. Es wird einzig ermittelt, welche Aktiven durch die schädigende Handlung wegfallen oder vermindert sind und welche Passiven dazugekommen oder vergrössert worden sind (HaftpflchtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 18; REY/WILDHABER, Rz 185 f.). Demgegenüber stellt ein blosser **Nutzungsausfall** keinen Schaden dar ([BGE 132 III 379 E. 3.3.2](#); [BGE 126 III 388 E. 11a](#); [BGE 115 II 474 E. 3a](#); vgl. auch N 21). Diese Definition des Schadens als Differenz schliesst aus, dass dem Geschädigten ein höherer Betrag als der erlittene Schaden ausbezahlt wird ([BGE 132 III 321 E. 2.2.1](#); Bereicherungsverbot, [OR 42](#) N 31 ff.).

- 18 Im Zusammenhang mit der Problematik einer vertraglichen Haftung entschied das BGer in einem grundlegenden Urteil, dass die Unterhaltskosten eines ungeplanten – gesunden oder behinderten – Kindes aufgrund einer fehlgeschlagenen bzw. vertragswidrig unterlassenen Sterilisation als Schaden i.S.d. Haftungsrechtes zu qualifizieren seien (**«unerwünschtes Kind als Schaden»**: [BGE 132 III 359 E. 3 ff.](#)). Dieser Grundsatz hat generelle Bedeutung, d.h. auch für das ausservertragliche Haftpflichtrecht (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 3a; vgl. zum Ganzen in grds. Hinsicht HONSELL, Kind, 275 ff.; MÜLLER, [recht 2013, 46](#), mit Darstellung aller möglichen Schadenskonstellationen: *Wrongful-life*-Klage = Schadenersatz-/Genugtuungsklage des behindert geborenen Kindes; *Wrongfulbirth*-Klage = Schadenersatz-/Genugtuungsklage der Eltern des behinderten Kindes; *wrongful-conception/wrongful-pregnancy*-Klage = Schadenersatz-/Genugtuungsklage der Eltern des ungewollt geborenen Kindes).
- 19 Zum Schaden gehört nach konstanter Rspr. der Zins vom Zeitpunkt an, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat, bis zum Tag der Zahlung des Schadenersatzes ([BGE 131 II 217 E. 4.2](#); [BGE 131 III 12 E. 9.1](#); [BGE 130 III 591 E. 4](#); [BGE 129 IV 149 E. 4.1](#)). Der **Schadenszins** bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tage der unerlaubten Handlung bzw. im Zeitpunkt von deren wirtschaftlichen Auswirkungen befriedigt worden wäre ([BGE 131 II](#)

264

[217 E. 4.2](#); [BGE 131 III 12 E. 9.1](#); [BGE 129 IV 149 E. 4.1](#)). Der Schadenszins setzt im Gegensatz zum Verzugszins weder eine Mahnung des Gläubigers noch den Verzug des Schuldners voraus, erfüllt jedoch denselben Zweck ([BGE 131 III 12 E. 9.1](#)). Nach [OR 73](#) gilt ein Zinsfuss von 5 % (widerlegbare Vermutung, vgl. [BGE 131 III 12 E. 9.4](#)).

- 20 «Ersatz für **normativen** – nicht auf Vermögensverminderung beruhenden – **Schaden** wird nach der Rechtsprechung einzig für den **Haushaltsschaden** ([BGE 132 III 321 E. 3.1](#);



[BGE 127 III 403 E. 4 S. 407 f.](#)) und den **Pflegeschieden** (Urteil [4C.276/2001](#) vom 26.03.2002, E. 6, publ. in: Pra 91/2002 Nr. 212 S. 1127; [BGE 132 III 379 E. 3.3.2](#)) zugesprochen. In diesen Fällen ist auch dann Schadenersatz zu leisten, wenn keine Vermögensverminderung eintritt. Diese Ausnahmen sind jedoch auf den Haushalts- und Pflegeschaden beschränkt» ([BGE 132 III 379 E. 3.3.2](#), wo festgehalten wird, dass die Rspr. zum Haushalts- und Pflegeschaden nicht auf das Immaterialgüterrecht auszudehnen sei; eine Ausdehnung auf den Sach- bzw. Vermögensschaden lehnt das Bundesgericht ebenfalls ab, vgl. [BGE 132 III 379 E. 3.3.2](#)). Zur Berechnung des Haushaltschadens vgl. [OR 42N 26 ff.](#) Vgl. zum normativen Schaden auch GAUCH, [recht 1996, 225](#), 226 f.; HUGUENIN, Rz 1876 ff. sowie REY/WILDHABER Rz 193 ff. mit beachtenswerten Argumenten gegen den normativen Schaden.

- 21 Weder für die **entgangene Nutzungsmöglichkeit** eines Gutes an sich noch für **entgangenen Ferienenuss** (= enttäuschte Erwartungen; zum Frustrationsschaden als Genugtuung vgl. [OR 49 N 18](#)) noch für die Beeinträchtigung des sog. **Affektionwertes** kann grds. Ersatz verlangt werden ([BGE 127 III 403 E. 4.a](#); [BGE 126 III 388 E. 11](#); insb. [BGE 115 II 474 E. 3.a](#); BK-BREHM [OR 42 N 15](#)). Ebenso verneint das BGer den Ersatz für eine entgangene Chance (**perte d'une chance**; vgl. [BGE 133 III 462](#) = Pra 97/2008 Nr. 27). Zur Ausnahme des Affektionsinteresses bei Verletzung eines Tieres ([OR 43 Abs. 1^{bis}](#)) vgl. [OR 43N 24 f.](#)

1.2. Schadensarten

- 22 «*Damnum emergens*» und «*lucrum cessans*», vgl. N 17.
- 23 **Unmittelbarer und mittelbarer Schaden:** Der mittelbare Schaden ist zu unterscheiden vom indirekten (Reflex-)Schaden (vgl. N 11 u. 30 f.). Als mittelbare Schäden gelten weitere adäquat kausale Folgen des schädigenden Ereignisses, wie besondere Umtriebe, Aufwendungen zur Schadenbegrenzung, zur Beweissicherung, für Sicherungs- und Rettungsmassnahmen, Umschulungskosten etc., soweit sie aus damaliger Sicht vernünftig waren, Anwalts- und vorprozessuale Parteikosten, soweit sie geboten und angemessen sind (BGer [4A 127/2011](#) v. 12.07.2011 E. 12.1) und nicht durch das Prozessrecht abgedeckt werden ([BGE 126 III 388 E. 10](#)). Eigentliche Prozesskosten sind nicht mittelbarer Schaden, sondern nach anwendbarem Prozessrecht zu beurteilen. Ausnahme: Die schädigende Handlung besteht gerade in widerrechtlicher Ausübung von Verfahrensrechten ([BGE 117 II 394 E. 3](#)).

265

- 24 Der Schaden kann auch nach seiner Stellung in der relevanten Kausalkette unterschieden werden. Ein unmittelbarer Schaden liegt vor, wenn sich der Schaden in der Kausalkette unmittelbar an das schädigende Ereignis anschliesst. Von einem mittelbaren Schaden spricht man dann, wenn das Schadenereignis seinerseits Schäden herbeiführt oder «wenn es Massnahmen verhindert, welche



Gewinne einbringen oder Schaden abwenden» (KELLER/SCHMIED-SYZ, 16). Im ausservertraglichen Haftpflichtrecht wird zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Schaden nicht unterschieden ([BGE 118 II 176 E. 4.c](#)).

- 25 Nach Art des verletzten Rechtsgutes wird unterschieden zwischen Personenschaden (N 26), Sachschaden (N 27) und sonstigem Vermögensschaden (N 28 f.; [BGE 127 III 73 E. 3.a](#); BSK-KESSLER [OR 41](#) N 10). Die Aufteilung des Schadensbegriffs in **Personen-, Sach- oder sonstigen Vermögensschaden** ist insb. bedeutsam für die Schadensberechnungsmethoden (OFTINGER/STARK, I, § 2 Rz 61). Die Unterscheidung hinsichtlich der Schadensarten spielt ebenfalls im Versicherungsrecht und bei der Haftung des Motorfahrzeughalters ([SVG 58 Abs. 1](#) [Haftung nur für Personen und Sachschaden, vgl. N 29]) eine bedeutende Rolle ([BGE 118 II 176 E. 4.b](#)).
- 26 **Personenschaden** ist jener wirtschaftliche Nachteil, der infolge von Tötung oder Verletzung eines Menschen entsteht. Dazu gehören sämtliche Kosten, namentlich diejenigen der Behandlung (*damnum emergens*), der entgangene Erwerb (*lucrum cessans*) oder andere, infolge Arbeitsunfähigkeit und Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens eintretende Verluste (vgl. [OR 46](#)). Zur Berechnung von Personenschäden vgl. [OR 42](#) N 14 ff. *Beachte*: Die Körperverletzung an sich ist noch kein Schaden im Rechtssinne, sondern es sind allein die wirtschaftlichen Nachteile zu ersetzen, welche die Verletzung für den Geschädigten zur Folge hat ([BGE 127 III 403 E. 4.a](#); vgl. auch [OR 46](#) N 6). Auch der sog. Haushaltschaden (N 20) ist ein Personenschaden, entsteht er doch als Folge einer Tötung oder Verletzung der haushaltsführenden Person.
- 27 **Sachschaden** ist der aus der Beschädigung, der Zerstörung oder dem Verlust einer Sache resultierende Vermögensschaden, bspw. Reparaturkosten, Minderwert einer reparierten Sache ([BGE 127 III 73 E. 5.b](#)). Die Beschädigung einer Sache liegt nur vor, «wenn sie in ihrer Substanz – entweder auf molekularer Ebene oder als Ganzes – beeinträchtigt ist» (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 12). Zum Sachschaden werden auch die sog. Folgeschäden, z.B. Entsorgungsaufwand, dazugezählt ([BGE 118 II 176 E. 4.c](#)). «Bei Zerstörung von wertbeständigen Gütern entspricht der Wert der (intakten) Sache vor dem schädigenden Ereignis den Anschaffungskosten eines neuen, gleichwertigen Gegenstandes; bei Sachen, deren Wert sich mit der Zeit vermindert, wird dem Wertverlust im Allgemeinen dadurch Rechnung getragen, dass nur der um die Abschreibung verminderte Neuwert zu ersetzen ist» ([BGE 127 III 73 E. 5.b](#)). Auch die Kosten für die vorübergehende Benutzung eines Ersatzgegenstandes stellt Sachschaden dar (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 12). Zur Schadensberechnung im Besonderen vgl. [OR 42](#) N 19 ff.
-
- 266
- 28 **Sonstiger Vermögensschaden** ist jeder andere Schaden i.S.v. N 15 ff., der eine Person trifft, ohne dass er Folge einer Tötung oder Körperverletzung oder Folge einer Beschädigung oder Zerstörung



(Verlust) einer Sache ist. Diese sonstigen Vermögensschäden resultieren meist aus der Verletzung von Patentrechten, Markenrechten oder aus unlauterem Wettbewerb oder aber aus der Verletzung von sog. Schutznormen (vgl. hierzu N 48). Sind diese Vermögensschäden jedoch nicht direkte Folge einer solchen Verletzung, so handelt es sich um sog. **reine Vermögensschäden**, die nicht ersatzfähig sind (zur Mehrdeutigkeit des Begriffes «reiner Vermögensschaden» vgl. REY/WILDHABER, Rz 391 und 393).

- 29 Die sog. sonstigen Vermögensschäden sind jeweils dort ersatzpflichtig, wo eine Haftungsnorm allgemein von Schaden spricht, nicht aber z.B. bei [EleG 27](#), [EBG 40b ff.](#), [LFG 64](#) und [SVG 58 Abs. 1](#), wo ausdrücklich nur von Personen- und Sachschaden die Rede ist ([BGE 106 II 75 E. 2](#)).
- 30 **Eigenschaden** und **Drittschaden bzw. Reflexschaden**: Im Gegensatz zur Unterscheidung unmittelbarer/mittelbarer Schaden (vgl. N 23) ist die Unterscheidung Eigenschaden/Drittschaden bzw. Reflexschaden nicht eine Frage der Kausalkette, sondern eine Frage der durch die unerlaubte Handlung entstehenden Rechtsbeziehung zwischen dem Haftpflichtigen und dem Geschädigten. Während ein **Eigenschaden** jene Person erleidet, gegenüber welcher widerrechtlich gehandelt wurde (Kumulation von Schaden und Widerrechtlichkeit, vgl. hierzu N 33 ff.), wird beim **Dritt- bzw. Reflexschaden** eine Person geschädigt, ohne dass ihr gegenüber auch widerrechtlich gehandelt wurde. Die Abgrenzung ist somit eine Frage der Existenz einer widerrechtlichen Handlung gegenüber dem wirtschaftlich Geschädigten. Zur ausnahmsweisen Ersatzfähigkeit solcher Schäden unter dem Aspekt der sog. **Drittschadensliquidation** vgl. N 12.
- 31 Vor dem Hintergrund dieses Abgrenzungskriteriums liegt kein Dritt- bzw. Reflexschaden, sondern auch ein Eigenschaden vor, wenn eine geschützte Rechtsposition einer Drittperson verletzt wird und diese dadurch einen Vermögensschaden erleidet. Anwendungsbeispiel: **Schockschäden Dritter** ([BGE 112 II 118 E. 5](#); grds.: FISCHER, Schockschäden, 11 ff.; FISCHER/BÖHME, ius.full 2013, 16; LANDOLT, Schockschäden, 376, der von «mittelbaren Direktschäden» spricht; WEBER, [HAVE 2012, 288](#); BSK-KESSLER [OR 41](#) N 9).
- 32 Für SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz 14.21, handelt es sich hier um sog. Reflexschäden; sinngemäss – im Gegensatz zu [BGE 112 II 118 E. 8](#) – wohl auch [BGE 138 III 276 E. 2 ff.](#), in dem in E. 4 der Schockschaden wieder als ein «reflektorischer Schockschaden» qualifiziert wird. JAUN, [ZBJV 2014, 749](#), 751, zieht daraus folgende Konsequenz: «Auszugehen ist demnach wie bei der Angehörigengenußnahme und dem Versorgerschaden von einem durch den Tod oder die Verletzung des Angehörigen reflektorisch erzeugten Recht des Schockgeschädigten mit der Folge, dass in Bezug auf die übrigen Voraussetzungen des Haftpflichtanspruchs auf die Rechtslage des Unfallopfers gegenüber dem Haftpflichtigen abzustellen ist. Dieser kann sich somit im Rahmen von [Art. 44 OR](#) auch auf Umstände berufen, die der Verstorbene oder Verletzte zu vertreten hat, namentlich auf dessen



Selbstverschulden oder eine Mitverantwortung aus einer Betriebsgefahr». Abgesehen davon, dass [BGE 138 III 276 E. 2 ff.](#) gegenüber dem Grundsatzurteil für Schockschäden Dritter ([BGE 112 II 118 E. 5](#)) einen Rückschritt darstellt, verkennen sowohl das BGer als auch JAUN die phänomenologischen Unterschiede: Im Rahmen des Versorgerschadens geht es um den ausnahmsweisen Ersatz eines Drittschadens, bei dem alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen ausser derjenigen des Schadens in der Person des Getöteten erfüllt sein müssen mit der Konsequenz, dass die Versorgten ihren Anspruch aus der gegen den Versorger begangenen Handlung herleiten. Deshalb müssen die Versorgten sämtliche ersatzmindernden Umstände auch gegen sich gelten lassen, folglich auch ein Selbstverschulden des Getöteten. Beim Schockschaden eines Dritten sind dem Dritten gegenüber jedoch alle Voraussetzungen des Tatbestandes von [OR 41 Abs. 1](#) selbst erfüllt. Handelt es sich hier aber wie gezeigt um einen Anwendungsfall von [OR 41 Abs. 1](#), so ist kein Platz für eine Anrechnung eines allfälligen Verschuldens des Getöteten, geht es hier doch nicht um sog. Drittschadenersatz wie bei [OR 45 Abs. 3](#) (vgl. hierzu grds. FISCHER, Schockschaden, 54 ff.).

2. Widerrechtlichkeit

- 33 Neben der Existenz eines Vermögensschadens ist weitere Voraussetzung einer ausservertraglichen Haftung das Vorliegen einer sog. Widerrechtlichkeit (vgl. N 14), und zwar beim Vermögensgeschädigten (**Kumulation von Schaden und Widerrechtlichkeit**; vgl. N 30). Die Widerrechtlichkeit ist im ausservertraglichen Haftpflichtrecht das *Pendant* zur Vertragsverletzung im vertraglichen Haftpflichtrecht.

2.1. Objektive Widerrechtlichkeit

- 34 Sowohl das BGer als auch Teile der Lehre, vor allem die Kommentarliteratur, vertreten hinsichtlich der Widerrechtlichkeit i.S.v. [OR 41 Abs. 1](#) die sog. **objektive Widerrechtlichkeitstheorie** (Nachweise bei REY/WILDHABER, Rz 796 ff. sowie [BGE 139 V 176 E. 8](#); [BGE 136 III 502 E. 6.1](#); [BGE 123 III 306 E. 4a](#)). Danach ist ein Verhalten widerrechtlich, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote und Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsguts dienen ([BGE 113 Ib 420 E. 2](#); [BGE 109 II 123 E. 2.a](#)). Eine Schadenszufügung ist demzufolge gem. dieser Theorie widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (**Erfolgsunrecht**), oder sei es, dass eine sonstige Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (**Verhaltensunrecht**) ([BGE 141 III 527 E. 8.2](#); [BGE 133 III 323 E. 5.1](#) = Pra 97/2008 Nr. 7; [BGE 132 III 122 E. 4.1](#); [BGE 123 III 306 E. 4.a](#)). «Die Widerrechtlichkeit entfällt, wenn eine Schädigung reiner Vermögensrechte stattgefunden hat, dabei jedoch keine Verhaltensnorm verletzt worden ist, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll» ([BGE 133 III 323 E. 5.1](#) = Pra 97/2008 Nr. 7; [BGE 119 II 127 E. 3](#)). Im Gegensatz dazu soll bei der **subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie**



die Widerrechtlichkeit allein aus der Tatsache der Schädigung abgeleitet werden (*neminem laedere*), ausser

268

der Verursacher wäre dazu aus einem besonderen Grund befugt. Diese Theorie betrachtet somit jede Drittschädigung als widerrechtlich, ausser sie erfolgte aufgrund einer subjektiven Rechtfertigung (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 32). Diese Theorie konnte sich jedoch nicht durchsetzen und wird als zu vage kritisiert und unterliegt der berechtigten Kritik, sie höhle das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit aus und erfülle die Haftungsbeschränkungsfunktion des Erfordernisses der Widerrechtlichkeit nicht (vgl. REY/WILDHABER, Rz 810). Neuerdings wird eine dritte Widerrechtlichkeitstheorie vertreten, bei der die Widerrechtlichkeit in der Verletzung einer gegenüber dem Geschädigten bestehenden Sorgfaltspflicht oder einer Schutzpflicht besteht (vgl. KuKo-SCHÖNENBERGER [OR 41](#) N 26) bzw. die Widerrechtlichkeit mit einer Verletzung von – je nach Terminologie – «Verkehrs-, Verhaltens oder Schutzpflichten» begründet wird (vgl. BSK-KESSLER [OR 41](#) N 32a m.w.N.).

- 35 **Absolute Rechte** sind: Leben, körperliche, seelische und geistige Integrität, Persönlichkeit, Eigentum und Besitz (BK-BREHM [OR 41](#) N 35) sowie Immaterialgüterrechte (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 33). Die diesen absoluten subjektiven Rechten entsprechenden Rechtsgüter (Leben etc.) werden einerseits durch einen allgemeinen und umfassenden Verhaltenskodex von **fünf Grundschutznormen** umschrieben, nämlich: Verbot [1] jemanden zu töten, [2] jemandes körperliche oder geistig-seelische Integrität zu verletzen, [3] jemandes Persönlichkeit zu verletzen, [4] jemandes Eigentum oder Besitz zu beeinträchtigen, [5] umstritten ist, gegen Treu und Glauben zu verstossen (vgl. N 37), sowie andererseits punktuell durch Einzelnormen mit Schutzcharakter geschützt (KELLER/GABI/GABI, 46). Der Verstoss gegen eine Grundschutznorm, welcher dabei notwendigerweise auch eine Rechtsgutverletzung darstellt, begründet die Widerrechtlichkeit in Form des Erfolgsunrechts. «Umgekehrt kann aber nicht jede Rechtsgutverletzung notwendigerweise auf die Verletzung einer Grundschutznorm zurückgeführt werden» (KELLER/GABI/GABI, 47). Eine blossе Rechtsgutverletzung begründet unter diesem Aspekt die Widerrechtlichkeit noch nicht, es bedarf vielmehr immer eines Verstosses gegen eine Norm, welche ein absolutes Recht des Geschädigten schützt, d.h. eines Verstosses gegen eine Grundschutznorm (**Normwiderrechtlichkeitstheorie** statt Erfolgs- oder Widerrechtlichkeitstheorie, die bereits die Rechtsgutverletzung als solche als widerrechtlich qualifiziert) (KELLER/GABI/GABI, 47; vgl. REY/WILDHABER, Rz 799, vgl. N 36).
- 36 Da das Vermögen kein absolutes subjektives Rechtsgut darstellt (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 33), sind Vermögensschäden nur rechtswidrig, wenn sie auf einen Verstoss gegen eine Verhaltensnorm zurückgehen, die dem Schutz vor solchen Schädigungen dient (zur **Schutznormtheorie** vgl. N 48; REY/WILDHABER, Rz 848 ff. [858]; [BGE 132 III 122 E. 4.1](#) = Pra 95/2006 Nr. 107; [BGE 129 IV 322 E. 2.2.2.](#)



Zur Kritik an der Unterscheidung Erfolgs- und Verhaltensunrecht vgl. HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 80 ff., insb. N 90 f., sowie REY/WILDHABER, Rz 796, 822). Mit der Erkenntnis, dass die absoluten Rechte sog. «Verbotsrechte» sind, mit denen Dritten gegenüber ein bestimmtes Verhalten versagt wird, d.h. die absoluten Rechte das Recht auf ein bestimmtes Verhalten beinhalten, wird erhellt,

269

dass bei Verletzung eines absoluten Rechtsgutes die dem Rechtsgut dienende Verhaltensnorm verletzt wird. Die Widerrechtlichkeit liegt somit auch bei Verletzung absoluter Rechte nicht im Erfolg (Erfolgsunrecht, vgl. N 34), sondern in der Verletzung von Verhaltensnormen (HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 83). Im Kontext der sog. «zweiten Erscheinungsform» einer Widerrechtlichkeit, dem sog. «Verhaltensunrecht» bei Verletzung einer Schutznorm, die dazu dient, zu entscheiden, ob ein ersatzfähiger Schaden vorliegt, wenn er ohne Verletzung eines absoluten Rechtes eingetreten ist, ergibt sich die Konsequenz, dass **Widerrechtlichkeit i.S.v. [OR 41 Abs. 1](#) umfassend als Verhaltensunrecht zu verstehen ist**, d.h. auf einem objektiven Normverstoss basiert (Normwiderrechtlichkeit; vgl. zum Ganzen HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 80 ff., insb. N 90 f.).

- 37 Umstritten ist die Frage, ob **Treu und Glauben i.S.v. [ZGB 2](#)** zu den absoluten Rechtsgütern gehört. Während ein Teil der Lehre und Rspr. dies uneingeschränkt i.d.S. bejahen, als der Grundsatz von Treu und Glauben eine Grundschutznorm (vgl. N 35) darstellt und damit zu den absoluten Rechtsgütern gehört, deren Verletzung schon *per se* Widerrechtlichkeit begründet (ZK-OSER/SCHÖNENBERGER [OR 41](#) N 94; WIDMER/WESSNER, 102 m.w.N.), lehnen andere dies wiederum vollumfänglich ab ([BGE 124 III 297 E. 5.b, 5.c](#); [BGE 121 III 350 E. 6.b](#) = Pra 85/1996 Nr. 168; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 33, 36; vgl. REY/WILDHABER, Rz 881). Eine dritte Gruppe knüpft an den Wortlaut von [ZGB 2 Abs. 1](#) an («Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten [...]») und stellt fest, der Grundsatz beziehe sich auf bereits bestehende Rechte und Pflichten ([BGE 108 II 305 E. 2.b](#); BK-BREHM [OR 41](#) N 53 m.w.V.; CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 47; REY/WILDHABER, Rz 879 f.). Treu und Glauben beanspruche deshalb nur Beachtung im Rahmen einer vorbestehenden Sonderverbindung, i.S. eines besonderen Vertrauens- und Treueverhältnisses, woraus die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben resultiere. Obwohl das Bundesgericht es zwar ablehnte, [ZGB 2](#) als allgemeine Vermögensschutznorm zu qualifizieren ([BGE 130 III 345 E. 2](#); [BGE 124 III 297 E. 5.c](#); [BGE 121 III 350 E. 6.b](#)), stützte es eine Ersatzpflicht für erwecktes und enttäushtes Vertrauen zum Teil auf [OR 41 Abs. 1](#) unter Heranziehung von [ZGB 2](#) als Schutznorm (BGer [4A.564/2008](#) v. 26.05.2009 E. 3.1).

- 38 Aus den massgebenden Bundesgerichtsentscheiden, in denen die Widerrechtlichkeit wegen Verletzung von Treu und Glauben ([ZGB 2](#)) bejaht wurde, konkretisierte die einschlägige Lehre und Rspr. diese



Sonderverbindung i.S. eines besonderen Vertrauens- und Treueverhältnisses (KELLER M., recht 1987, 136) durch Bildung von Fallgruppen, nämlich (gem. BK-BREHM [OR 41](#) N 53a/b; KELLER/GABI/GABI, 48):

- aufgrund eines prozessualen oder verfahrensrechtlichen Verhältnisses ([BGE 112 II 32 E. 2](#); s.a. [BGE 123 III 101 E. 2.a](#); vgl. auch REY/WILDHABER, Rz 889 ff.);
- aufgrund eines Vertragsverhandlungsverhältnisses (c.i.c.; [BGE 130 III 345 E. 2](#); [BGE 121 III 350 E. 6.c](#) = Pra 85/1996 Nr. 168; [BGE 120 II 331 E. 5.a](#) [in allen drei BGE wird die c.i.c. heute als Teil der Vertrauenshaftung qualifiziert]);

270

- durch falsche ausservertragliche Auskunft oder Raterteilung ([BGE 124 III 363 E. 5.a](#); [BGE 116 II 695 E. 4](#); [BGE 112 II 347 E. 1.a](#); [BGE 111 II 471 E. 3](#) m.w.V.; [BGE 101 II 69 E. 2](#); BGE 57 II 81 E. 2; vgl. auch REY/WILDHABER, Rz 883 ff.);
- durch Inverkehrbringen von Urkunden/anderen Schriftstücken ([BGE 101 II 69 E. 2](#)).

Die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens ist bei Verstoss gegen Treu und Glauben somit nur gegeben, wenn der Verstoss im Rahmen des vorbestehenden Vertrauens- und Treueverhältnisses einer dieser Fallgruppen erfolgt.

39 Mit der Voraussetzung einer vorbestehenden «rechtlichen Sonder(ver)bindung i.S. eines vorbestehenden besonderen Vertrauens- und Treueverhältnisses» (KELLER/GABI/GABI, 49) wird das ausservertragliche Haftpflichtrecht strukturell «verlassen», denn dieses kommt «typischerweise gerade dann zur Anwendung, wenn keine solche Sonderverbindung, sondern ein blosser <Zufallskontakt> vorliegt» (REY/WILDHABER, Rz 879). Durch die Sonderverbindung «wird die abwehrbereite Isolation, die sich in einem <Nebeneinander> der Rechtskreise widerspiegelt durch ein <Miteinander> ersetzt» (FEHLMANN, Rz 172). Zudem zeigt die «Analyse der zur Vertrauenshaftung ergangenen Entscheide [...], dass die rechtliche Sonderverbindung nicht nur eine leere Hülse, sondern überdies ein Kriterium ist, dessen Bejahung und Verneinung durch ein Gericht im Einzelfall nicht prognostizierbar ist (HUGUENIN, Rz 1746).

40 **Unrichtige Rat- und Auskunfterteilung im Besonderen:** Nebst den Entscheidungen, in denen das BGer die Haftung für falsche freiwillige Rat- und Auskunfterteilung an die Existenz einer vorbestehenden Sonderverbindung i.S. eines Vertrauens- und Treueverhältnisses knüpft (vgl. N 38 f.), verzichtete es wiederum in anderen Urteilen auf die Existenz einer vorbestehenden Sonderverbindung und erfasste die Fälle rein deliktsrechtlich. Aus einem ungeschriebenen «Gebot der allgemeinen Rechtsordnung» (BGE 57 II 81 E. 2) bzw. einer «Norm des ungeschriebenen Rechts» ([BGE 111 II 471 E. 3](#)) bzw. «aus einer allgemeinen verstandenen Loyalitätspflicht und damit letztlich



aus Treu und Glauben» (FELLMANN/KOTTMANN, Rz 344) entwickelte es den Grundsatz, dass Widerrechtlichkeit vorliege, wenn der Auskunft- und Raterteilende (kumulativ):

- wegen seines Fachwissens beansprucht wird, also «besonderen Einblick in die den Gegenstand der Anfrage bildenden Verhältnisse hat» (REY/WILDHABER, Rz 884);
- Auskunft erteilt (oder Gefälligkeiten erbringt; FELLMANN/KOTTMANN, Rz 344);
- ihm die Bedeutung der Antwort für den Fragesteller erkennbar ist, und
- absichtlich oder leichtfertig falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, deren Richtigkeit oder Kenntnis für den Entscheid des Anfragenden wesentlich sind ([BGE 116 II 695 E. 4](#); [BGE 112 II 347 E. 1.a](#); [BGE 111 II 471 E. 2](#); BGE 57 II 81 E. 2 [betrifft Dritthaftung]).

- 41 Aufgrund dieser Rspr. muss der gegebene Rat oder die Auskunft aufgrund einer ungeschriebenen Verhaltensnorm richtig und vollständig sein, und das objektiv berechnete Vertrauen des Ratsuchenden darf nicht enttäuscht werden, ansonsten Widerrechtlichkeit

271

i.S.v. [OR 41 Abs. 1](#) begründet wird (FELLMANN/KOTTMANN, Rz 344; REY/WILDHABER, Rz 886, mit jeweils weiteren Verweisen). [BGE 124 III 363 E. 5.b](#) erklärt dementsprechend: «Es erscheint [...] sachgerecht, die Haftung für die falsche Auskunft i.c. deliktsrechtlich [...] zu erfassen [...]» (vertritt aber zusätzlich die Meinung, sie könne auch den Grundsätzen der Vertrauenshaftung bzw. der *culpa in contrahendo* unterstellt werden).

- 42 Dogmatisch ist die Beliebigkeit des BGer, mit der es in den letzten Jahren die Zuordnung der Haftung für unrichtigen Rat und Auskunft vornimmt, störend. Dies umso mehr, als mit der Vertrauenshaftung höchststrichterlich eine nicht unumstrittene neue Haftungskategorie geschaffen wurde (vgl. N 54 f.). Zweifelhaft ist aber auch, zur Begründung der Widerrechtlichkeit bloss «auf eine Norm des ungeschriebenen Rechts [vgl. N 40] zurückzugreifen, die den Wissenden verpflichten sollte, bei Fragen von bedeutender Tragweite richtig zu antworten» (BK-BREHM [OR 41](#) N 49a). Näherliegend und dogmatisch auch begründbar ist, ZGB 2 (Verbot gegen Treu und Glauben zu handeln) als Grundschnorm anzuerkennen (zu den Grundschnormen vgl. N 35). Allerdings ist dabei zu beachten, dass [ZGB 2](#) kein «selbständiger Rechtssatz» ist, «der ein bestimmtes Rechtsverhältnis regelt, sondern bloss [sic] eine Rechtsanwendungsnorm, die bei allen Rechtsverhältnissen zu beachten ist» (BGE 44 II 444, 445; BK-MERZ [ZGB 2](#) N 30). [ZGB 2](#) ist als Generalklausel nicht unmittelbar vollziehbar, sondern bedarf der Konkretisierung (BK-MERZ [ZGB 2](#) N 29). Der blosse Hinweis auf [ZGB 2](#) genügt nicht. Stets muss das «Warum der Anwendung» festgestellt und die «praktikable Unternorm»



gebildet werden (BK-MERZ [ZGB 2](#) N 30). Das Prinzip von Treu und Glauben von [ZGB 2](#) kann dadurch verletzt werden, als ein Verstoss gegen eine Rechtsnorm/Unternorm zugleich ein Verstoss gegen das Prinzip von Treu und Glauben bedeutet (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 29).

- 43 In selten konstanter Rspr. vertrat das BGer denn auch (bis zu den Vertrauenshaftungsurteilen) in der Frage der (Dritt-)Haftung für falsche freiwillige Auskünfte die Meinung, dass Dritte für falsche freiwillige Auskünfte (*resp.* Rat) nur über die unerlaubte Handlung i.S.v. [OR 41 ff.](#) schadenersatzpflichtig werden können (vgl. die Rechtsprechungsanalyse aus dem Jahre 1984 bei FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, insb. 19 ff.). Dabei ging das BGer in der Widerrechtlichkeitsfrage nicht von einer vorbestehenden «Parteibeziehung» aus, sondern rügte die direkte Verletzung allgemeiner Pflichten und argumentierte konsequent deliktisch (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 25). Ausgangspunkt war dabei die aus [ZGB 2](#) fliessende Pflicht, «niemandes Vertrauen zu erwecken und zu täuschen», die schon «besteht, bevor irgendein Inbeziehungtreten zweier Parteien erfolgt» (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 26 m.V. auf KELLER M., 102, der bereits 1948 in anderem Zusammenhang auf eine solche Pflicht ohne vorbestehende Sonderverbindung hinwies).
- 44 Zur Vermeidung einer allgemeinen Informations- und Wahrheitspflicht als Konsequenz der Pflicht, «niemandes Vertrauen zu erwecken und zu täuschen», verlangt das BGer berechtigtes Vertrauen zur materiellen Bestimmung und Begrenzung des Vertrauenstatbestandes. Dieses liegt nur dann vor, wenn das Vertrauen «in eine Autorität erfolgt und das Verhalten

272

des Geschädigten selbst vor den Massstäben von Treu und Glauben stand hält» (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 28 m.w.V.; sinngemäss gl.M. nun auch REY/WILDHABER, Rz 884, 886).

- 45 **Widerrechtlichkeit i.S.v. [OR 41 Abs. 1](#) ergibt sich somit durch Verstoss gegen Treu und Glauben infolge «Erweckung und Täuschung berechtigten Vertrauens»** (Unternorm; gl.M. BK-BREHM [OR 41](#) N 53i: ohne Beschränkung auf die Berechtigung des Vertrauens). Berechtigtes Vertrauen liegt dann vor, «wenn aufgrund der Einlassung einer Autorität auf eine Antwort überhaupt, auf die Sachkompetenz des Auskunftgebenden und dessen loyales Verhalten unter Berücksichtigung der für den Auskunftverlangenden ebenfalls geltenden Redlichkeitsanforderungen vertraut wird, sofern für den Auskunftgebenden erkennbarermassen vermögensrechtliche Dispositionen auf dem Spiele stehen» (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 30).
- 46 Die Haftung für falschen freiwilligen Rat erweist sich dadurch als ein Anwendungsfall von [ZGB 2](#) und eines damit verbundenen ausservertraglichen Vertrauensschutzes (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 30) mit der Folge, «dass unter klar definierten Voraussetzungen auf indirektem Wege eine Art



«Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens» existieren» (FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1, 30). Das Prinzip von Treu und Glauben von [ZGB 2](#) ist somit eine (zu konkretisierende) **Grundschnitznorm** (gl.M. BK-BREHM [OR 41](#) N 53i m.w.V.; KELLER/GABI/GABI, 47) im Sinne einer **Verhaltensnorm** (gl.M. BK-BREHM [OR 41](#) N 53i), deren Verletzung Widerrechtlichkeit i.S.v. [OR 41 Abs. 1](#) bedeutet (dem Sinne nach auch [BGE 124 III 297](#) durch Charakterisierung von [ZGB 2](#) als Schutzbestimmung).

- 47 Mit der höchstichterlich geschaffenen Vertrauenshaftung (vgl. hinten N 54 f.) hat das BGer auf die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit verzichtet und einen neuen Haftungstyp geschaffen, der weder deliktischer noch vertraglicher Natur ist ([BGE 134 III 390 E. 4.3.2](#); BK-BREHM [OR 41](#) N 53e; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 44: eigenständige dritte Haftungsgrundlage zwischen Delikt und Vertrag; CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 48). Ob das BGer dadurch gegen die dem schweizerischen Schuldrecht zugrunde liegende Dichotomie zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung verstösst (so BK-BREHM [OR 41](#) N 53 f.; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 44b; gem. BERGER, Rz 1989 ff., handelt es sich lediglich um zulässige Rechtsfortbildung im Rahmen einer Lückenfüllung), mag dahingestellt bleiben, denn die Frage wird obsolet, wenn [ZGB 2](#) im vorstehend dargelegten Sinn als Grundschnitznorm anerkannt wird (gl.M. BK-BREHM [OR 41](#) N 53k m.V. auf Judikatur). Auf dem gleichen Weg liesse sich auch die Haftung aus *culpa in contrahendo* ins Recht der unerlaubten Handlung integrieren, ohne auf eine vorbestehende Sonderverbindung abstellen zu müssen. So auch VISCHER, der im Rahmen einer Urteilsbesprechung erklärt, dass «bei Anrufung von [Art. 2 ZGB](#) [...] das Bundesgericht dann der Meinung derjenigen Autoren gefolgt» wäre, «welche die Rechtsfigur der cic- bzw. Vertrauenshaftung für überflüssig halten und [Art. 2 ZGB](#) [...] als Schnitznorm betrachten, deren Verletzung mindestens im engen Rahmen der Vertrauenshaftung im bisher verstandenen Sinne eine Widerrechtlichkeit i.S.v. [Art. 41 Abs. 1 OR](#) begründet [...]». Das Resultat eines Heranziehens von [Art. 2 ZGB](#) als Schnitznorm [...] wäre die Aufgabe der cic- bzw. Vertrauenshaftung als «dritter Spur» und

273

eine Einbettung der entsprechenden Tatbestände in das Recht der unerlaubten Handlung. Man wäre dann wieder bei der traditionellen Dichotomie von Vertrag und Delikt [...]» (VISCHER, [AJP 2018, 911](#) m.V. auf URWYLER, 539 f.).

- 48 **Haftpflichtrechtliche Schnitznormen** (oder besser: Normen mit haftpflichtrechtlichem Schutzzweck), bei deren Verletzung sog. Verhaltensunrecht vorliegt, finden sich v.a. im Strafrecht (insb. Vermögensstrafrecht; Bsp.: Durch Unterbrechung einer Stromleitung erleiden die Strombezüger einen Vermögensschaden. Da gem. BGer [StGB 239 Abs. 2](#) gerade auch den Stromversorger vor solchen Schäden schütze, handle es sich hier um eine Norm mit haftpflichtrechtlichem Schutzzweck. Fazit: Die Schadenszufügung ist widerrechtlich, weshalb ein ersatzfähiger «sonstiger Vermögensschaden» vorliegt [vgl. N 28; vgl. auch BSK-KESSLER [OR 41](#) N 35]), Verwaltungsrecht, Strassenverkehrsrecht und



Gesellschaftsrecht. Widerrechtlichkeit kann auch gegeben sein, wenn Schädiger und Geschädigter bei einer strafrechtlich verpönten Handlung zusammenwirken ([BGE 117 IV 139 E. 3.d](#) [Betrug unter Drogenhändlern]). Die h.L. und die Rspr. verlangen zur Begründung der Widerrechtlichkeit durch Verletzung einer **strafrechtlichen Schutznorm** sowohl die Erfüllung des **objektiven** als auch des **subjektiven Tatbestandes** der Strafnorm ([BGE 133 III 323 E. 5.2](#) = Pra 97/2008 Nr. 7; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 35; ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 2012, 185, 193, insb. Fn. 40; VERDE, Rz 528 ff. mit Darstellung des Meinungsstandes in der Lehre). Mit eindrücklichen Argumenten weist jedoch VERDE, Rz 542, darauf hin, dass nicht der Straftatbestand (und damit die Erfüllung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale) zur Widerrechtlichkeitsbegründung herangezogen werden dürfe, sondern einzig die im Straftatbestand enthaltene Verhaltensnorm (VERDE, Rz 368). Er stellt deshalb zu Recht fest, dass für die Frage der Widerrechtlichkeit es unmassgebend ist, was der Schädiger beabsichtigte. «Sämtliche Willenskomponenten eines straftatbestandlichen Unrechts sind daher nicht massgebend für die Begründung der Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht» (VERDE, Rz 686). Schutznormcharakter haben gemäss BGer u.a.: [StGB 239 Abs. 2](#) ([BGE 102 II 85 ff.](#); [BGE 101 Ib 252 ff.](#); sog. Kabelbruchfälle); StGB 305b ([BGE 133 III 323 ff.](#); [BGE 129 IV 322 ff.](#)). Vgl. hierzu die Zusammenstellung bei BSK-KESSLER [OR 41](#) N 35; HUGUENIN, Rz 1953; CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 45.

2.2. Widerrechtlichkeit durch Unterlassung (Verletzung einer Garantenstellung) im Besonderen

a) Grundsatz der befugten Untätigkeit

- 49 Eine allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden, besteht nicht. Es ist vom «Grundsatz der befugten Untätigkeit» auszugehen ([BGE 118 II 502 ff.](#) = Pra 52/1994 Nr. 13; [BGE 115 II 15 E. 3.b](#); BK-BREHM [OR 41](#) N 56a; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 37). Eine Unterlassung ist nur dann rechtswidrig, wenn ein Tun im Interesse des Geschädigten vorgeschrieben ist ([BGE 126 III 113 E. 2.a](#)). «Eine allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden, besteht nicht. [...]; vielmehr ist die Handlungspflicht nur dann haftpflicht-

274

rechtlich von Bedeutung, wenn sie im Interesse des Geschädigten besteht und aus einer Schutzvorschrift zu dessen Gunsten folgt. Widerrechtliche Unterlassung setzt damit eine **Garantenstellung** für den Geschädigten voraus [...]» ([BGE 116 Ib 367 E. 4.c](#); [BGE 116 II 695 E. 4](#)).

b) Ausnahme: Garantenstellung



- 50 Garantenstellungen setzen **konkrete Handlungspflichten** voraus. Diese können sich z.B. aus positiven Verhaltensnormen des Privat-, Verwaltungs- oder Strafrechts ergeben (vgl. hierzu BSK-KESSLER [OR 41](#) N 37). Handlungspflichten statuierende Normen haben bei reinen Vermögensschäden i.d.R. die Funktion von Schutznormen, bei deren Verletzung Widerrechtlichkeit impliziert wird ([BGE 136 III 113 ff.](#); BSK-KESSLER a.a.O.). Solche Garantenstellungen können sich aber auch aus dem allgemein anerkannten, ungeschriebenen **Gefahrensatz** ergeben, der besagt, dass wer einen gefährlichen Zustand schafft, die notwendigen Vorsichtsmassnahmen zu treffen hat (Verkehrssicherungspflicht; vgl. BGer [4A 520/2007](#) v. 31.03.2008 E. 2.1; [BGE 126 III 113 E. 2.a](#) [Wer die Skipiste nahe an einem Skilift vorbeiführt, muss dessen Masten polstern]; BGer [4A 489/2014](#) v. 20.02.2015 E. 5.1 m.w.H.; [BGE 123 III 306 E. 4](#) [Sperrung eines Sprungturms bei Niedrigwasser]), wobei nur mit einer durchschnittlichen Vorsicht und Vernunft der Umwelt gerechnet werden darf.
- 51 Die dogmatische Einordnung des Gefahrensatzes ist sowohl in der Rspr. als auch in der Lehre umstritten (weiterführend N 88 f.):
- entweder dient er auch zur Begründung der Widerrechtlichkeit bei Unterlassungen
 - oder er wird einzig im Rahmen des Verschuldens verwendet
- (vgl. BK-BREHM [OR 41](#) N 44 ff.; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 19a). Nach älterer Rspr. ([BGE 124 III 297 E. 5.b](#)) war der Gefahrensatz nicht geeignet zur Begründung der Widerrechtlichkeit einer Unterlassung. Damit hatte die Rspr. dem Gefahrensatz die Rolle einer Schutznorm abgesprochen; der Gefahrensatz sollte einzig eine Frage des Verschuldens sein. Im Jahre 2000 stellte das Bundesgericht mit seinem Entscheid BGer [4C.119/2000](#) v. 02.10.2000 E. 2.b, zur Widerrechtlichkeitsbegründung einer Unterlassung fest, dass unter diesem Aspekt der sog. Gefahrensatz weiterhin aktuell sei, d.h. zur Widerrechtlichkeitsbegründung herangezogen werden müsse. Diese Auffassung bestätigte das Bundesgericht im Entscheid BGer [4A 104/2012](#) v. 03.08.2012 E. 2.1.
- 52 Eine Garantenstellung kann sich auch aus Rechtsvorschriften über Orientierungs-, Buchführungs-, Versicherungspflichten oder Pflichten zur Hilfestellung ergeben (z.B. [SVG 51 Abs. 2 erster Satz](#)). Zu den Rechtsgrundlagen weiterer Sicherungspflichten vgl. BSK-KESSLER [OR 41](#) N 19a.
- 53 Zur Garantenstellungen des (ehemaligen) Vormundes gegenüber Dritten vgl. [BGE 115 II 15 E. 4.a](#) und bei Gefälligkeit [BGE 116 II 695 E. 4](#).

2.3. Vertrauenshaftung im Besonderen

- 54 Umstritten ist, ob das Vertrauen bzw. Treu und Glauben zu den absolut geschützten Rechten zählt (vgl. N 37 ff.). Es wird jedoch in ZGB 2 (dem das BGer nur in besonderen Fällen eine selbstständige



Bedeutung zumisst; [BGE 121 III 350 E. 6.b](#)) und in speziellen Vorschriften (z.B. firmenrechtliches Täuschungsverbot [[OR 944 Abs. 1](#); [BGE 123 III 220 E. 4.b](#)]) resp. in einer dem Gefahrensatz ähnlichen Form geschützt ([BGE 120 II 331 E. 5.a](#)). Vorausgesetzt ist, dass ganz besondere Vertrauensverhältnisse bestehen oder geschaffen wurden. Nur bei Vorsatz resp. grober Fahrlässigkeit ist die (erfolglose) Ausübung administrativer Rechte oder die späte Erhebung von zivilprozessualen Mitteln rechtsmissbräuchlich – und somit gegen [ZGB 2](#) verstossend ([BGE 112 II 32 E. 2.a](#) [Baueinsprache]; [BGE 123 III 220 E. 4.d](#) [Einrede fehlender Passivlegitimation]), wobei [OR 41](#) hinter den prozessrechtlichen Sanktionen zurückzustehen hat. **Haftung aus Konzernvertrauen** setzt ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken ([BGE 124 III 297 E. 6.a](#)). Die Vertrauenshaftung erscheint nun – wie die *culpa in contrahendo* – als eigene Haftungsgrundlage ([BGE 121 III 350 E. 6](#) [mit Zusammenstellung der Anwendungsfälle]; vgl. auch [BGE 130 III 345 E. 2](#) mit Judikatur- und Literaturübersicht sowie [BGE 134 III 390 E. 4.3.2](#) im Zusammenhang mit der Verjährung). Zur Entwicklung der Vertrauenshaftung (1. Phase: Anerkennung des Vertrauens als eigenständige Haftungsgrundlage und Ausdehnung dieser Grundlage [BGer [4C.280/1999](#) v. 28.01.2000 E. 3.a; [BGE 121 III 350 E. 6.c](#); [BGE 120 II 331 E. 5.a](#)]; 2. Phase: Ablehnende u. eingrenzende Entscheide [[BGE 130 III 345 E. 2 f.](#) = Liegenschaftenschätzerfall; BGer [4C.296/1999](#) v. 28.01.2000 E. 3.a]; 3. Phase: Begrenzung der Haftung [BGer [4A 306/2009](#) v. 08.02.2010 E. 5.4.1; [BGE 131 III 377 E. 3 f.](#) = Pra 95/2006 Nr. 31 = Anlagegeschäftefall; [BGE 133 III 449 ff.](#) = Gotthardtunnelfall]) vgl. LOSER, [AJP 2008, 1171](#). – Vgl. zur Konzernhaftung auch KUNZ, [recht 2011, 41](#).

- 55 Mit der Vertrauenshaftung hat die Rspr. einen neuen Haftungstyp (Haftung *sui generis* und eigenständige Haftungsgrundlage [[BGE 134 III 390 E. 4.3.2](#)]) kreiert, der auf die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit verzichtet. Für einen Anspruch aus Vertrauenshaftung sind **kumulativ drei Voraussetzungen** zu erfüllen: (a) es muss eine rechtliche Sonderverbindung bestanden haben, (b) ein dadurch erwecktes Vertrauen muss enttäuscht worden sein (BGer [4C.47/2004](#) v. 09.12.2004 E. 3) und neu (c) muss Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit eines Vertragsschlusses vorliegen ([BGE 133 III 449 E. 4.1](#)). Zur Kritik an diesem neuen Haftungstyp vgl. BK-BREHM [OR 41](#) N 53f ff. sowie N 47, wo eine dogmatisch stringente Einordnung der Vertrauenshaftung (und der *culpa in contrahendo*) ins klassische Recht der unerlaubten Handlung vorgeschlagen wird durch Anerkennung des Prinzips von Treu und Glauben als Grundschnitznorm mit entsprechender Unternormbildung, bei deren Verstoß Widerrechtlichkeit i.S.v. [OR 41 Abs. 1](#) gegeben ist (vgl. auch HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 113), oder m.a.W.: «Auf eine besondere Vertrauenshaftung könnte verzichtet werden [...], wenn Fälle der Vertrauensenttäuschung als Anwendung von [ZGB 2](#) qualifiziert würden», was voraussetzen würde, dass ein «Verstoß gegen Treu und Glauben



276

(mehr oder weniger) *per se* als widerrechtlich qualifiziert wird» (REY/WILDHABER, Rz 49). Vergleiche auch ROBERTO/KUZNIAR, [AJP 2019, 1105 ff.](#), insb. 1111, die diese Rechtsfigur als einen dogmatischen «Hype» qualifizieren und ihr 25-jähriges Jubiläum als richtigen Anlass sehen, um den Abschied einzuleiten.

2.4. Ausschluss der Widerrechtlichkeit durch Rechtfertigungsgründe

a) Allgemeines

- 56 Die Rechtsordnung anerkennt verschiedene Rechtfertigungsgründe, welche die an sich gegebene Widerrechtlichkeit eines Eingriffs ausschliessen. Infrage kommen:

b) Ausübung öffentlicher Gewalt

- 57 Oft greifen Amtshandlungen in geschützte Rechtsgüter ein und bewirken Schäden. Die Amtshandlung rechtfertigt den Eingriff, was grds. auch für fehlerhafte Amtshandlungen gilt. Diesfalls stehen dem Betroffenen allerdings die Rechtsbefehle des öffentlichen Rechts zur Verfügung (vgl. zum Ganzen [BGE 124 IV 313 E. 3 u. 4](#); [BGE 92 II 192 E. 7](#); BK-BREHM [OR 41](#) N 61; REY/WILDHABER, Rz 906 f.).

c) Subjektives Privatrecht

- 58 Nimmt ein Schädiger kraft eines subjektiven Privatrechts die schädigende Handlung vor, ist die an sich gegebene Widerrechtlichkeit ausgeschlossen. So z.B. [OR 52 Abs. 1](#) (Notwehr), [OR 52 Abs. 2](#) (Notstand), [OR 52 Abs. 3](#) (Selbsthilfe), OR 57 (Pfändung eines Tieres), OR 268 (Retentionsrecht des Vermieters), aZGB 278 (angemessene Züchtigung des Kindes durch die Eltern; ist mit Revision von 1976 aufgehoben worden. Immerhin kann im Rahmen der Erziehung [ZGB 302 Abs. 1](#) gewisse Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Kindes rechtfertigen, nicht jedoch körperliche Züchtigungen) (vgl. zum Ganzen und zu weiteren Tatbeständen BK-BREHM [OR 41](#) N 62 f.; REY/WILDHABER, Rz 908 f., 930 ff.; HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 115).

d) Einwilligung des Geschädigten

- 59 Willigte der Geschädigte in die schädigende Rechtsgutverletzung ein, so wird der Eingriff dadurch grds. rechtmässig: *Volenti non fit injuria*. Voraussetzung ist allerdings, dass die Einwilligung ihrerseits nicht unzulässig, d.h. weder widerrechtlich noch unsittlich ist, was Nichtigkeit nach [OR 20 Abs. 1](#) zur Folge hätte ([BGE 134 III 193 E. 4.6](#); [BGE 133 III 401 E. 5.2.1](#)).
- 60 *Volenti non fit injuria* gilt nur, soweit der Geschädigte über das Rechtsgut, in dessen Verletzung er einwilligt, verfügen darf (HUGUENIN, Rz 1965). Einwilligung setzt Handlungsfähigkeit voraus, ausser dort,



wo über ein höchstpersönliches Recht verfügt wird, wo nach [ZGB 19c Abs. 1](#) Urteilsfähigkeit genügt; sie bezieht sich nur auf Verletzungen, die der Einwilligende bewusst gewollt hat (Absicht oder Eventualvorsatz), und sie muss im Voraus erklärt werden ([BGE 133 III 121 E. 4.1.2](#); [BGE 125 I 335 E. 4e](#)). Bei bloss rückwirkender,

277

d.h. nachträglicher Einwilligung des Verletzten, bleibt die Handlung rechtswidrig (vgl. zum Ganzen BSK-KESSLER [OR 52](#) N 18).

- 61 Einwilligungen in **ärztliche Behandlungen**, insb. Operationen, beziehen sich nur – aber immer auch – auf Risiken, die mit der ordentlichen Durchführung verbunden sind, nicht aber auf solche, die ihre Ursache in einem Behandlungsfehler haben ([BGE 113 Ib 420 E. 4](#)). Die Einwilligung reicht soweit, als der Patient über die mit dem Eingriff verbundenen Risiken informiert wurde (ärztliche Aufklärungspflicht). Die Aufklärung muss «in klaren, verstehbaren und vollständigen Worten Informationen zur Diagnose, Therapie, Prognose, Alternativen zur vorgeschlagenen Behandlung, Risiken, Heilungschancen sowie zu finanziellen Aspekten, insb. im Zusammenhang mit der Versicherung geben (informed consent)» (REY/WILDHABER, Rz 919 mit Judikaturangabe). Immerhin ist der Nachweis der hypothetischen Einwilligung des Patienten, bezogen auf den konkreten Fall, zugelassen ([BGE 117 Ib 197 E. 5.c](#); [BGE 115 Ib 175 E. 2b](#); [BGE 114 Ia 350 E. 6](#)).
- 62 Das **akzeptierte bzw. erlaubte Risiko** ist eine besondere Form der Einwilligung ([BGE 117 II 541 E. 3](#)). Soweit z.B. Kampf- u.a. Sportarten erlaubt sind und die Spielregeln eingehalten werden, liegt ggf. eine Schädigung in erlaubter Weise vor. Immerhin ist mit spielbedingten Verletzungen der Regeln zu rechnen ([BGE 104 II 184 E. 2](#); vgl. zum Ganzen REY/WILDHABER, Rz 927 ff.).

e) Wahrung höherer Interessen

- 63 Ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist über den Bereich der traditionellen Rechtfertigungsgründe hinaus immer dann als rechtmässig zu betrachten, wenn er «in angemessener Wahrung höherer Interessen erfolgt». «Der Entscheid über die Widerrechtlichkeit hängt somit weitgehend von einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Güter oder Interessen ab» ([BGE 101 II 177 E. 6.a](#)).

3. Kausalzusammenhang

- 64 Unter Kausalzusammenhang versteht man ganz allgemein die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung (CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 35; BSK-KESSLER [OR 42](#) N 14). Für das Haftpflichtrecht geht es spezifisch um die Beziehung zwischen Schadensursache (Verhalten der in Anspruch genommenen Person) und Schaden. Dieser ursächliche Zusammenhang ist eine weitere Haftungsvoraussetzung (vgl.



N 14). Dabei muss sich das Verhalten der in Anspruch genommenen Person (Schadenursache) so ausgewirkt haben, dass es naturgesetzlich betrachtet die Ursache des Schadens ist (sog. natürliche Kausalität, N 65). Andererseits aber muss der Zusammenhang auch adäquat (= angemessen) sein, damit er rechtlich erheblich ist (sog. adäquate Kausalität, N 66 ff.).

3.1. Natürlicher Kausalzusammenhang

- 65 Der natürliche Kausalzusammenhang ist nach logischen und naturgesetzlichen Gesichtspunkten zu bewerten ([BGE 123 III 110 E. 2.a](#)). Danach ist ein Ereignis im natürlichen Sinne kausal, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene

278

Erfolg entfiel; dieses (Ereignis) braucht nicht alleinige oder unmittelbare Ursache des Erfolgs zu sein. Mit anderen Worten, «besteht ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen zwei Ereignissen, wenn das zweite Ereignis ohne das erste nicht eingetreten wäre» ([BGE 133 III 462 E. 4.4.2](#) = Pra 97/2008 Nr. 27). Mit dieser Bedingungsformel (**conditio sine qua non**; [BGE 133 III 462 E. 4.4.2](#) = Pra 97/2008 Nr. 27; [BGE 132 III 715 E. 2.2](#); [BGE 128 III 174 E. 2.b](#) = Pra 91/2002 Nr. 124) wird hypothetisch untersucht und geprüft, was beim Weglassen bestimmter Tatsachen geschehen wäre. Die Fragestellung lautet somit: Wäre der Schaden auch eingetreten, wenn das betr. Ereignis nicht stattgefunden hätte, stellt also das betr. Ereignis eine notwendige Bedingung für den Schaden dar? Ein solchermassen vermuteter natürlicher Kausalverlauf lässt sich nicht mit Gewissheit beweisen, weshalb es genügt, wenn das Ereignis mind. mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs bildet ([BGE 133 III 462 E. 4.4.2](#) = Pra 97/2008 Nr. 27; [BGE 125 IV 195 E. 2.b](#)). Es bedarf einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, eine blosser Möglichkeit der Verursachung reicht nicht (sog. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit; [BGE 132 III 715 E. 3.2](#); [BGE 113 Ib 420 E. 3](#)). Kausalität ist dann nicht gegeben, wenn der Schaden auch ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre ([BGE 126 III 14 E. 1.c](#) [zu [OR 56 Abs. 1](#)]; [BGE 122 III 229 E. 5.a](#) [rechtmässiges Alternativverhalten]). Zum Beweis der **hypothetischen Kausalität**: [BGE 115 II 440 E. 6.a](#).

3.2. Adäquater Kausalzusammenhang

a) Begriff

- 66 Rein naturgesetzlich betrachtet, können sich Kausalketten unendlich fortsetzen. Bei blosser Berücksichtigung der tatsächlichen Verursachung ginge eine Haftung ins Uferlose. Da eine solche Zurechnung dem Haftpflichtigen nicht zugemutet werden darf, geht es darum, die Haftung auf jene Ursachen zu beschränken, die dem Schädiger vernünftigerweise noch zugemutet werden können, d.h.



angemessen (= adäquat) sind. Bei der Berücksichtigung der Adäquanz geht es somit um eine rechtspolitisch vernünftige Begrenzung der Haftung (BGer [4A 275/2013](#) v. 30.10.2013 E. 5; [BGE 138 III 276 E. 4](#); BGer 5C.61/2004 v. 26.04.2005 E. 5.4; [BGE 123 III 110 E. 3a](#)). Der adäquate Kausalzusammenhang weist insofern aber auch eine **Doppelfunktion** auf: Einerseits ist er eine allgemeine Haftungsvoraussetzung (vgl. N 14), andererseits dient er zur Bestimmung des zurechenbaren Ausmasses des Schadens (REY/WILDHABER, Rz 631).

- 67 Adäquanz liegt vor, wenn die dem Schädiger vorgeworfene Pflichtwidrigkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, sodass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Tatsache allgemein begünstigt erscheint ([BGE 140 II 7 E. 3.4](#); [BGE 135 IV 56 E. 2.1](#); [BGE 129 II 312 E. 3](#); [BGE 123 III 110 E. 3.a](#)). «Unter Berücksichtigung aller Umstände, aber auch des Zwecks der einschlägigen Haftungs-

279

norm ist danach zu fragen, ob der Eintritt des Schadens bei wertender Betrachtung billigerweise noch dem Haftpflichtigen zugerechnet werden darf» (BGer [4C.103/2005](#) v. 01.06.2005 E. 5.1). Rückblickend ist im Sinne einer objektiven nachträglichen Prognose (*prévisibilité objective*) zu beurteilen, ob und inwiefern das schädigende Ereignis als wesentliche Ursache erscheint ([BGE 112 II 439 E. 1.d](#)). Die Adäquanz ist somit ein **normatives Korrektiv** zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff und ein **Werturteil** bezüglich der Zurechnung eines Schadens an den Schädiger (BGer [4C.103/2005](#) v. 01.06.2005 E. 5.1), wobei einzig die objektive Voraussehbarkeit des schädigenden Ereignisses entscheidend ist ([BGE 131 II 145 E. 5.1](#)). Selbst aussergewöhnliche Folgen können u.U. dabei adäquate Unfallfolgen darstellen ([BGE 101 II 69 E. 3.b](#)). Unerheblich ist auch, ob der Schädiger den Kausalverlauf voraussehen konnte oder nicht ([BGE 119 Ib 345 E. 5.b](#); [BGE 101 II 69 E. 3.a](#)). Zur unterschiedlichen Anwendung des Adäquanzbegriffs im Sozialversicherungsrecht vgl. BGer [4A 45/2009](#) v. 25.03.2009 E. 3.3.2; [BGE 123 V 98 E. 3.d](#); zur subjektiven Voraussehbarkeit, die allenfalls bei der Verschuldensprüfung bedeutsam ist ([BGE 119 Ib 334 E. 5.c](#)), vgl. N 75 ff.

b) Adäquanz bei Unterlassungen

- 68 Auch durch Unterlassung kann der adäquate Kausalzusammenhang begründet werden ([BGE 124 III 155 E. 3.d](#); [BGE 121 III 358 ff.](#)). Bei der Adäquanz einer Unterlassung wird geprüft, ob die erwartete (aber unterlassene) Handlung nicht hinzugedacht werden könne, ohne dass der Erfolg höchstwahrscheinlich entfielen ([BGE 115 II 440 E. 4.c](#)). Dem Haftpflichtigen wird dabei vorgeworfen, dass er die Änderung des Kausalablaufes unterlassen habe, obwohl er dazu verpflichtet gewesen war. Dieser sog. «**hypothetische Kausalzusammenhang**» zwischen Schadenseintritt und Unterlassung



wird dann bejaht, «wenn rechtzeitiges Handeln die Schädigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte» (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 18). Der Kausalzusammenhang wäre nicht gegeben, wenn der Schaden trotz pflichtgemäsem Handeln des Schädigers eingetreten wäre, d.h. bei sog. «rechtmässigem Alternativverhalten» (BK-BREHM [OR 41](#) N 126 mit Judikaturangabe). – Zum Vorgehen des BGer in der Prüfung dieser Frage mit dem Ergebnis, dass es eine Verlegung der Adäquanzfrage in das Problem des hypothetischen Kausalzusammenhanges erfolgt, vgl. BSK-KESSLER [OR 41](#) N 19.

3.3. Fehlende Adäquanz

a) An sich inadäquater Kausalzusammenhang

- 69 Beim an sich inadäquaten Kausalzusammenhang fehlt es von vornherein an der Adäquanz. Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist zwar zwischen Ursache und Erfolg gegeben, doch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung ist die fragliche Ursache nicht generell geeignet, den eingetretenen Schaden zu bewirken.

280

b) Wegfall/Unterbrechung der Adäquanz

- 70 Nur der adäquat kausale Zusammenhang zwischen Ursache und Schaden ist haftungsbegründend. Adäquanz ist nicht mehr gegeben, d.h., sie wird unterbrochen, wenn der Erfolg nur durch das Hinzutreten ganz aussergewöhnlicher und ausserhalb des normalen Geschehens liegender Umstände möglich war. «Der adäquate Kausalzusammenhang wird unterbrochen, wenn zu einer an sich adäquaten Ursache eine andere Ursache hinzutritt, die einen derart hohen Wirkungsgrund aufweist, dass erstere nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint. Entscheidend ist die Intensität der beiden Ursachen [...]» (BGer [4C.45/2007](#) v. 05.04.2007 E. 3.2). Die andere Ursache muss einen «derart hohen Wirkungsgrad» haben, «dass die vom Schädiger gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint» (BGer [4A 189/2018](#) v. 06.08.2018 E. 4.5.1; [BGE 130 III 182 E. 5.4](#); [BGE 116 II 519 E. 4.b](#)). Weist die neue Ursache nicht eine gewisse Intensität auf, die den Kausalzusammenhang der Primärursache unterbricht, stellt sie lediglich eine mitwirkende Teilursache dar.
- 71 Als solche die Kausalität **unterbrechenden Drittorsachen** kommen infrage: **höhere Gewalt** («unvorhersehbares und unvermeidliches Ereignis, das [...] mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht»; [BGE 111 II 429 E. 1.b](#); [BGE 90 IV 265 E. 2.b](#)) oder ein Umstand, den ein Dritter zu vertreten hat, d.h. **grobes Drittverschulden** bzw. ein Umstand, der beim Geschädigten selbst liegt (**grobes Selbstverschulden**; siehe dazu BGer [4A 385/2013](#) v. 20.02.2014 E. 4 ff.; [BGE 111 II 429 E. 1.b](#)). Selbst- und Drittverschulden wirken nur dann unterbrechend, wenn das



betreffende Verschulden «derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, derart unsinnig ist, dass damit nicht zu rechnen war» (BGer [6B 360/2015](#) v. 23.12.2015 E. 2.4.1 ff.; BGer [4A 115/2014](#) v. 20.11.2014 E. 6.4.1; [BGE 116 II 519 E. 4.b](#)). Lediglich leichtes oder mittelschweres Selbstverschulden des Geschädigten ist ein Reduktionsgrund ([OR 44 Abs. 1](#)), während gewöhnliches Drittverschulden weder einen Reduktions- noch einen Unterbrechungsgrund darstellt (HUGUENIN, Rz 1927). Im Rahmen der Verschuldenshaftung von [OR 41 Abs. 1](#) kann auch der **Zufall** die Adäquanz unterbrechen, sofern seine Rolle – z.B. im Vergleich mit dem geringen Verschulden des Schädigers – bedeutend genug ist (BK-BREHM [OR 41 N 141 f.](#)). – *Anmerkung:* Diese sog. «Unterbrechungsgründe» führen bei genauer Betrachtung nicht zu einer Unterbrechung, sondern zum Wegfall des adäquaten Kausalzusammenhanges. Denn ist der Schaden im Wesentlichen auf einen dieser Unterbrechungsgründe zurückzuführen, ist die Handlung des Schädigers eben gerade nicht die adäquate Schadensursache (HUGUENIN, Rz 1929).

- 72 Nicht jede Drittsache vermag den adäquaten Kausalzusammenhang zu unterbrechen. Solange die Drittsache nicht so sehr ausserhalb des normalen Geschehens liegt, dass damit schlechterdings nicht zu rechnen war, bleibt die adäquate Kausalität der ersten Ursache bestehen ([BGE 112 II 439 E. 1.d](#)).

281

3.4. Besondere Kausalitätsformen

- 73 Mehrere Ursachen können rechtlich erheblich zu einem Schaden beitragen, und zwar derart, dass jede für sich allein den bewirkten Schaden hätte herbeiführen können (**kumulative Kausalität**), oder so, dass nur durch das Zusammenwirken mehrerer Ursachen der Schaden entstehen konnte (**Teil- oder Mitursache**). In beiden Fällen haftet jeder Schädiger für den gesamten Schaden (HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41 N 147 m.w.H.](#) in Fn. 302; gl.M. BSK-KESSLER [OR 41 N 24](#) mit dem richtigen Hinweis, «dass der Geschädigte nicht mehr Schadenersatz erhalten darf, als dem effektiven Schaden entspricht», weshalb «eine Reduktion des Schadenersatzes nach richterlichem Ermessen erfolgen» könne, soweit es sich nicht um eine Kausalhaftung handle). **Zufall** ([OR 43 N 13](#)) oder **Mitwirkung des Geschädigten** sind im Rahmen der Schadenersatzbemessung ([OR 43, 44](#)) zu berücksichtigen. Bei **konstitutioneller Prädisposition** ([BGE 131 III 12 ff.](#); [BGE 113 II 86 ff.](#); OFTINGER/STARK, I, § 3 Rz 95 ff.; KELLER/GABI/GABI, 117) des Geschädigten als Teilursache wird z.B. unterschieden zwischen Vorzuständen, die sich auch ohne das schädigende Ereignis ausgewirkt hätten (sie sind im Rahmen der Schadensberechnung zu berücksichtigen), und solchen, die den Schaden begünstigen resp. vergrössern (auch diese sind im Rahmen von [OR 43, 44](#) zu berücksichtigen [BGer [4A 259/2012](#) v. 13.09.2012 E. 3.1 ff.; [BGE 113 II 86 ff.](#); [BGE 112 II 87 E. 2.b](#)]).
- 74 Die natürliche Kausalität gilt als nicht erwiesen, wenn nur die eine oder die andere Ursache für einen Schaden kausal gewesen sein kann (**alternative Kausalität**; BK-BREHM [OR 41 N 145](#); REY/WILDHABER,



Rz 739). Alternative Kausalität stellt nicht ein Kausalitäts-, sondern vielmehr ein Beweisproblem dar, mit der in der früher h.L. vertretenen Konsequenz, dass kein Schädiger haftet, «solange nicht bewiesen werden kann, wer tatsächlich den Schaden verursacht hat» (REY/WILDHABER, Rz 743 mit Nachweis dieser Lehre). Nach neuerer Lehre ist dieses Ergebnis stossend. Ein Teil der Lehre vertritt für alle potenziellen Schädiger eine Solidarhaftung, selbst wenn «keinem nachgewiesen werden kann, dass sein Verhalten für den Schaden kausal war». Andere Autoren wiederum schlagen vor, die Haftung nach Wahrscheinlichkeit aufzuteilen (HUGUENIN, Rz 1933; vgl. auch REY/WILDHABER, Rz 744). Dritte wiederum sind der Meinung, es sei «von Fallgruppe zu Fallgruppe zu entscheiden, ob und zu welchen Anteilen die Geschädigte in einer solchen Situation ihren Schaden auf die potenziellen Schädiger überwälzen können soll» (HUGUENIN, Rz 1933). Ist der Schaden bereits eingetreten, bevor ein zweiter noch eine Ursache setzt (**überholende Kausalität**), fehlt es für die zweite Ursache an der natürlichen Kausalität (Zerstören einer bereits zerstörten Sache, Überfahren eines bereits toten Verkehrsopfers), weshalb der Urheber der zweiten Ursache nicht haftet ([BGE 135 III 397 E. 2](#); BK-BREHM [OR 41](#) N 147 ff.; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 26). Vor dem Hintergrund, dass die überholte Ursache keine Wirkung entfaltete, als Schadenslage aber bereits existierte, wird vorgeschlagen, dies bei der Schadenersatzbemessung und besonders bei der Schadensberechnung bei einem Personenschaden zu berücksichtigen (REY/WILDHABER, Rz 728).

282

4. Verschulden

4.1. Begriff und Funktion

- 75 Verschulden i.S.d. Zivilrechts ist ein menschliches Verhalten, das die Ursache eines Schadens darstellt und als so tadelnswert angesehen wird, dass es die Haftbarmachung des Schädigers zu rechtfertigen vermag ([BGE 116 Ia 162 E. 2.c](#); HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 152). Im Verschuldensvorwurf «liegt eine negative, missbilligende rechtliche Qualifikation menschlichen Verhaltens» (KELLER/GABI/GABI, 61; HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 153; REY/WILDHABER Rz 962; vgl. CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 6; KuKo-SCHÖNENBERGER [OR 41](#) N 29; BK-BREHM [OR 41](#) N 168). Das dabei infrage stehende Verhalten wird nach einem **objektiven Massstab** bewertet, wird es doch mit jenem Verhalten verglichen, das unter den gegebenen Umständen von einem Durchschnittsmenschen erwartet werden durfte (CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 10 und 11 [Verhaltensmassstab]. Im Strafrecht hingegen gilt der subjektive Verschuldensbegriff: REY/WILDHABER, Rz 1004).
- 76 Neben der Funktion des Verschuldens als Haftungszurechnungsgrund (vgl. N 2), hat es auch seine Bedeutung als Massstab für die Schadenersatzbemessung ([OR 43, 44](#); vgl. statt vieler HUGUENIN, Rz 1972).



4.2. Verschuldenskomponenten

- 77 Das Verschulden weist eine objektive und eine subjektive Komponente auf (CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 9; HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 157; HUGUENIN, Rz 1974):

- Die subjektive Komponente besteht in der Urteilsfähigkeit,
- die objektive in der Abweichung vom gesetzlich geforderten durchschnittlich schädigungsvermeidenden Verhalten.

Grundsätzlich ist die Erfüllung beider Verschuldenskomponenten Haftungsvoraussetzung. Fehlt die Urteilsfähigkeit (subjektive Komponente), kommt es allenfalls zur Billigkeitshaftung urteilsunfähiger Personen ([OR 54](#); REY/WILDHABER, Rz 971).

a) Urteilsfähigkeit als subjektive Verschuldenskomponente

- 78 Als Haftungsgrundlage setzt das Verschulden die (vermutete) Urteilsfähigkeit ([ZGB 16](#)) des Schädigers voraus (CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 12; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 51). Handlungsfähigkeit ist nicht erforderlich ([ZGB 19 Abs. 3](#)). Urteilsfähig ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln ([ZGB 16](#)). Zur Urteilsfähigkeit gehören die Fähigkeit, die Folgen (Gefahren) einer Handlung zu erkennen (intellektuelle Komponente), die Einsicht in die Schädigungsmöglichkeit sowie der Wille und die Kraft, sich entsprechend zu verhalten (voluntative Komponente; Willenskraft zur Unterlassung) ([BGE 124 III 5 E. 1.a](#); [BGE 102 II 363 E. 4](#); REY/WILDHABER, Rz 968; CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 12). Nicht vorausgesetzt ist, dass der Schädiger die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens erkennen kann (BK-BREHMOR 41

283

N 180). Die Urteilsfähigkeit muss im Zeitpunkt der Handlung/Unterlassung gegeben sein, und zwar gerade im Hinblick auf das infrage stehende Verhalten ([BGE 117 II 231 E. 2.a](#); REY/WILDHABER, Rz 978). Insbesondere bei Kindern wird konkret auf deren Entwicklungsstand und die Anforderung, welche die betr. Lage an vernunftgemässes Handeln stellt, abgestellt ([BGE 123 III 306 E. 5](#); vgl. zur Kasuistik REY/WILDHABER, Rz 978–990). Verminderte Urteilsfähigkeit ist im Rahmen der Schadenersatzbemessung ([OR 43](#)) zu berücksichtigen.

b) Vorsatz oder Fahrlässigkeit als objektive Verschuldenskomponente

aa) Generell



- 79 Verschulden ist die negative rechtliche Qualifikation eines menschlichen Verhaltens (vgl. N 75). Als objektiv schuldhaft wird es bezeichnet, wenn es von dem unter den gegebenen Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten abweicht (vgl. N 77). Diese Abweichung kann in zwei Formen auftreten: Vorsatz und Fahrlässigkeit.

bb) Vorsatz (Absicht)

- 80 Vorsatz (Absicht) liegt vor, wenn der Täter sowohl die Handlung als auch deren Erfolg bewusst und gewollt herbeiführt. Mit Eventualvorsatz handelt, wer mind. mit der Möglichkeit des Erfolges rechnet und diesen, für den Fall, dass er eintreten sollte, auch in Kauf nimmt ([BGE 126 IV 165 E. 4](#); HUGUENIN, Rz 1976), d.h., sich gleich verhalten würde, wenn er wüsste, dass der Schaden sicher eintritt (zur Abgrenzung zur groben Fahrlässigkeit, wo der Schädiger sich des Risikos einer Schadensverursachung bewusst ist, aber darauf vertraut, dass der mögliche Erfolg nicht eintritt: [BGE 125 IV 242 E. 3.c](#)).
- 81 Die in der Doktrin gemachte Unterscheidung zwischen (böswilliger) Absicht, einfachem (direktem) Vorsatz und Eventualvorsatz, ist in der Haftungsbegründung irrelevant (CHK-MÜLLER [OR 41](#) N 14). Als Haftungszurechnungsgrund (vgl. N 2) sind sie gleichwertig, in der Schadenersatzbemessung ([OR 43 Abs. 1](#)) können sie jedoch relevant werden (vgl. [OR 43](#) N 15 ff.). – Zu der Differenzierung zwischen (böswilliger) Absicht, einfachem (direktem) Vorsatz und Eventualvorsatz sowie zu den entsprechenden Beispielen vgl. REY/WILDHABER, Rz 993 ff.

cc) Fahrlässigkeit

- 82 Fahrlässigkeit ist rechtlich «missbilligte Unsorgfalt» (BK-BREHM [OR 41](#) N 196). «Vorwerfbar ist bei der Fahrlässigkeit ein jeweils objektiv zu messender Mangel an Sorgfalt» (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 48a). Dies bedeutet Ausserachtlassung derjenigen Sorgfalt, welche die Verkehrssitte von den mit dem Handelnden in gleichen erkennbaren Lebensverhältnissen stehenden Personen unter den erkennbaren konkreten Umständen fordert (sinngemäss gl.M. REY/WILDHABER, Rz 1002). Fahrlässig handelt somit, wer die vorhersehbare Schädigung eines Dritten nicht beachtet (OFTINGER/STARK, I, § 5 Rz 51), die Sorgfalt vermissen lässt, zu der er nach den Umständen (Ort, Zeit, sonstige Gegebenheiten: Alter, Beruf des Schädigers) verpflichtet ist. **Nur objektive Umstände fallen**

284

in Betracht; subjektive Umstände wie seelische Belastung, grosse Trauer u.ä. werden im Zivilrecht nicht berücksichtigt (BSK-KESSLER [OR 41](#) N 48a; vgl. [BGE 137 III 539 E. 5.2](#); [BGE 88 II 448 E. 2.c](#)). «Der Mangel an Sorgfalt wird festgestellt durch den Vergleich des tatsächlichen Verhaltens des Schädigers mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der



Situation des Schädigers. Jede negative Abweichung von diesem geforderten Durchschnittsverhalten gilt als sorgfaltswidrig und damit als fahrlässig» ([BGE 116 Ia 162 E. 2c](#); REY/WILDHABER, Rz 1003). Wer durch einen Dritten plötzlich in eine gefährliche Lage versetzt wird und von verschiedenen möglichen Massnahmen nicht diejenige ergreift, welche bei nachträglicher Überlegung als die objektiv zweckmässigste erscheint (Fehlreaktion), handelt dann nicht fahrlässig, wenn die ergriffene Massnahme der «richtigen» annähernd gleichwertig ist und die unterschiedliche Wirksamkeit nur wegen des Erfordernisses des raschen Handelns nicht erkannt werden konnte ([BGE 101 IV 80 E. 3](#)). Da «alle erforderliche» Sorgfalt verlangt wird und nicht nur die übliche, kann sich auch die Übung langjähriger Bräuche als Sorgfaltspflichtverletzung erweisen (freier Weidegang im Jura seit 1384 bis 29.09.1959: [BGE 85 II 243 E. 1](#)).

dd) Arten der Fahrlässigkeit

- 83 Die Fahrlässigkeit wird nach Schweregraden abgestuft ([BGE 100 II 332 E. 3](#)). Erforderlich ist die Differenzierung, weil verschiedene Normen auf den jeweiligen Schweregrad des fahrlässigen Handelns verweisen. Prinzipiell haftet ein Schädiger zwar für jedes Verschulden ([OR 99 Abs. 1](#) für das Vertragsrecht). Diese Regel wird aber z.T. durch Spezialnormen durchbrochen (z.B. [OR 248 Abs. 1](#): Haftung nur für grobe Fahrlässigkeit; [OR 100 Abs. 1](#): Haftungswegbedingung für Absicht und grobe Fahrlässigkeit sind ungültig). Zu weiteren solchen Normen vgl. HaftpflichtKomm-FISCHER, [OR 41](#) N 169. Zudem erlauben diese Abstufungen es auch, bei der Schadenersatzbemessung dem Verschulden gebührend Rechnung zu tragen (KELLER/GABI/GABI, 64; vgl. auch die Kasuistik zu den Verschuldensgraden bei BK-BREHM [OR 41](#) N 201 ff.).
- 84 Das Gesetz sieht schweregradmässig eine Zweiteilung der Fahrlässigkeit in **grobe** und **leichte Fahrlässigkeit** vor ([OR 100 Abs. 1](#), [OR 248 Abs. 1](#), [OR 452 Abs. 1](#)). Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zusätzlich noch als Zwischenstufe eine **mittlere Fahrlässigkeit** ([BGE 100 II 332 E. 3a](#); BK-BREHM [OR 41](#) N 197 ff.; FELLMANN/KOTTMANN Rz 565; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER Rz 2972. – Abgelehnt durch: OFTINGER/STARK, I, § 5 Rz 105 Fn. 102 a.E.; KuKo-SCHÖNENBERGER [OR 41](#) N 34).
- 85 **Grobe Fahrlässigkeit** ist die Ausserachtlassung der elementaren Vorsichtsgebote und ist immer schweres Verschulden. Bei dieser Fahrlässigkeit bleibt unberücksichtigt, was jedem vernünftigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Bedingungen hätte einleuchten müssen ([BGE 121 V 40 E. 3.b](#); [BGE 119 II 443 E. 2.a](#); [BGE 118 V 305 E. 2.a](#); [BGE 115 II 283 E. 2.a](#); [BGE 111 I.b 192 E. 3](#); HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 170; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 49; KuKo-SCHÖNENBERGER [OR 41](#) N 34; REY/WILDHABER, Rz 1015; HUGUENIN, Rz 1986). Das Verhalten des Schädigers ist



«schlechterdings unverständlich» (BGer [4C 92/2007](#) v. 08.06.2007 E. 5.2). Populär ausgedrückt liegt grobe Fahrlässigkeit vor, wenn man sagen muss: «Wie hätt er au nu chönne» (HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 170; KuKo-SCHÖNENBERGER [OR 41](#) N 34).

86 **Leichte Fahrlässigkeit** ist eine geringfügige Verletzung der erforderlichen Sorgfalt (REY/WILDHABER, Rz 1022). Ausgehend von der klassischen Zweiteilung der Fahrlässigkeit (N 84) definieren die Vertreter, die eine mittlere Fahrlässigkeit ablehnen, jede Fahrlässigkeit als leicht, die nicht grob ist (vgl. BSK-KESSLER [OR 41](#) N 50; vgl. auch die Nachweise bei REY/WILDHABER, Rz 1022), der Handelnde aber trotzdem Sorgfaltspflichten missachtet, die «die Verkehrssitte von den mit dem Handelnden in gleichen Lebensverhältnissen stehenden Personen unter den gleichen erkennbaren konkreten Umständen fordert» (KELLER/GABI/GABI, 64 f.; HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 171). Leichte Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn man sagen muss: «Er hett scho sölle» (HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 171), oder das Verhalten des Schädigers ist «noch einigermaßen verständlich» bzw. eine Sorgfaltsverletzung dieser Art «kann passieren» (REY/WILDHABER, Rz 1022 m.w.V.).

87 **Mittlere (gewöhnliche) Fahrlässigkeit**, die im Gesetz nicht vorgesehen ist, wird wie die leichte Fahrlässigkeit negativ definiert und soll nach [BGE 100 II 332 E. 3.a](#) vorliegen, wenn das Verschulden nicht leicht ist, aber doch nicht einen solchen Schweregrad erreicht, dass die Anwendung von [OR 44 Abs. 2](#) ausgeschlossen würde (HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 172). Motiv für diese durch das BGer 1974 eingeführte Zwischenstufe war, die Möglichkeit zu schaffen, [OR 44 Abs. 2](#) «auch dann anwenden zu können, wenn keine leichte Fahrlässigkeit vorlag, das Verhalten aber auch nicht als grobfahrlässig erschien» (HUGUENIN, Rz 1988; vgl. auch REY/WILDHABER, Rz 1019 ff.).

ee) Gefahrensatz im Besonderen

88 Der **Gefahrensatz** ist ein «Fundamentalsatz der Rechtsordnung» (OFTINGER, I, 88). Er besagt: «Wer einen Zustand schafft oder aufrechterhält, der einen anderen schädigen könnte, ist verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen» (REY/WILDHABER, Rz 899; vgl. BGer [4A 520/2007](#) v. 31.03.2008 E. 2.1; [BGE 130 III 193 E. 2.2](#); [BGE 126 III 113 E. 2.a/aa](#); vgl. zu den einzelnen Begriffen KRAUSKOPF/MÄRKI/WIRZ, S. 437 ff.). Er spielt **primär zur Beurteilung der (objektiven) Seite des Verschuldens** eine bedeutende Rolle (KELLER/GABI/GABI, 51); «wer die gebotenen Schutzmassnahmen unterlässt, verletzt seine Sorgfaltspflicht [...]» ([BGE 124 III 297 E. 5.b](#); BERGER, Rz 1869; KELLER/GABI/GABI, 69). Verschuldensbegründend ist damit also das Unterlassen der erforderlichen Schutzmassnahmen und nicht bereits die Schaffung oder Aufrechterhaltung des gefährlichen Zustands. Eine Ausnahme ist «bei denjenigen Gefahrzuständen» zu machen, «denen erkennbarerweise mit keinerlei Schutzmassnahmen begegnet werden kann» (KELLER/GABI/GABI, 70); hier begründet bereits die Schaffung bzw. Aufrechterhaltung des gefährlichen Zustands das Verschulden (KELLER/GABI/GABI, a.a.O.; REY/WILDHABER, Rz 1032). Ferner kann der Gefahrensatz zur Beurteilung des **hypothetischen Kausalzusam-**



menhangs zwischen einer Unterlassung und dem eingetretenen Schaden dienen. Denn hier wird der normative Zusammenhang dadurch hergestellt, indem «zunächst ein positives Tun hinzugedacht wird, das alsdann nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiele», und nur solches Handeln darf hinzugedacht werden, «zu dem der Betroffene verpflichtet gewesen wäre» (BERGER, Rz 1864; vgl. [BGE 124 III 297 E. 5.b](#); FELLMANN/KOTTMANN, Rz 434, 488 ff.).

- 89 Fraglich ist, ob der Gefahrensatz auch **im Bereich der Widerrechtlichkeit** Bedeutung hat. Anerkannt ist, dass der Gefahrensatz nicht geeignet ist, bei reinen Vermögensschäden die Widerrechtlichkeit im Sinne einer Schutznorm zu begründen (BGer [4C.119/2000](#) v. 02.10.2000 E. 2.b; [BGE 124 III 297 E. 5.b](#); [BGE 119 III 127 E. 3](#); FELLMANN/KOTTMANN, Rz 349; BSK-KESSLER [OR 41](#) N 38; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz 50.33). M.a.W.: Der Gefahrensatz ist keine eigentliche Schutznorm. Dagegen kann der Gefahrensatz bei Unterlassungen die Widerrechtlichkeit im Rahmen der Verletzung absoluter Rechte nach h.A. begründen (grundlegend BGer [4C.119/2000](#) v. 02.10.2000 E. 2.b; ferner BGer [4A 83/2015](#) v. 15.06.2015 E. 4.2; BGer [4A 104/2012](#) v. 03.08.2012 E. 2.1; BGer [4A 520/2007](#) v. 31.03.2008 E. 2.1; FELLMANN/KOTTMANN, Rz 348 f., 493 u. 581; BSK-KESSLER a.a.O.; HUGUENIN, Rz 1955; REY/WILDHABER, Rz 902; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O.; a.M. BREHM [OR 41](#) N 45a, wonach der Gefahrensatz einzig bei der Beurteilung des Verschuldens von Bedeutung ist; ebenso KELLER/GABI/GABI, 49 ff.). Dieser Ansicht ist grds. zuzustimmen mit der Präzisierung, dass auch der Verletzung eines absoluten Rechts die Verletzung einer (Grund-)Schutznorm zu Grunde liegt (vgl. N 35). Diese Grundschnormen stellen allesamt auf ein positives Tun ab, weshalb sie durch Unterlassung allein grds. nicht verletzt werden können. Dem Gefahrensatz kommt dbzgl. die Funktion zu, durch Schaffung einer Verhaltenspflicht die Grundschnormen dahingehend zu konkretisieren, dass diese auch durch Unterlassung verletzt werden können. Der Gefahrensatz bildet somit das «Scharnier» zwischen der Verletzung einer Grundschnorm (was grundsätzlich nur durch ein Tun möglich ist) und der Unterlassung (ein ähnlicher Mechanismus findet sich im Strafrecht in [StGB 11](#)).

4.3. Verschulden bei der Haftung einer jur. Pers.

- 90 Bei der Haftung der jur. Pers. ist das Verschulden der Organe zu prüfen. Fehlt dieses, ist auch die jur. Pers. nicht haftbar ([ZGB 55 Abs. 2](#)).

4.4. Substitution des Verschuldens

- 91 Zur Substitution der Haftungsvoraussetzung Verschulden bei den sog. Kausalhaftungen vgl. N 2.

V. Haftpflicht versus Schadenersatzpflicht



- 92 Sind die Voraussetzungen von [OR 41 Abs. 1](#) erfüllt, so ist der Schädiger haftbar und folglich schadenersatzpflichtig; fehlt eine der vier Voraussetzungen (Schaden, Widerrecht-

287

lichkeit, Kausalzusammenhang, Verschulden), entsteht keine Haftpflicht. Es gilt der Grundsatz: *casum sentit dominus* (vgl. N 1).

- 93 Wird wegen Erfüllung der Haftungsvoraussetzungen eine Haftpflicht des Schädigers festgestellt, bedeutet dies allerdings nicht, dass stets voll für den verursachten Schaden eingestanden werden muss. **Haftung und Schadenersatzpflicht sind immer zu unterscheiden.** Denn neben [OR 41 Abs. 1](#), der den Haftungsgrundsatz regelt, konkretisieren weitere Normen die Höhe des Schadenersatzes (u.U. auch die Reduktion der Schadenersatzpflicht) bzw. sehen Haftungsabwälzungen auf weitere Ersatzpflichtige im Rahmen des Rückgriffs vor (vgl. zum Ganzen BK-BREHM [OR 41](#) N 222 ff.).

VI. Vertragliche Wegbedingung der Haftung

- 94 Die vertragliche Haftungswegbedingung und ihre Auswirkung im Recht der unerlaubten Handlungen ist relativ umstritten. Im Rahmen der Restriktionen von [OR 100](#), [OR 101](#) und [OR 20](#) bzw. [ZGB 27](#) wird jedoch ihre Gültigkeit mehrheitlich bejaht, was aber vor dem Hintergrund dieser Normen für Personenschäden praktisch bedeutet, dass dbzgl. Freizeichnungen zum vornherein nichtig sind (vgl. zum Ganzen BK-BREHM [OR 41](#) N 230 ff., insb. N 232 ff.; vgl. auch BÜSSER, 97 ff.). Zur Haftungsbeschränkung und zum Haftungsausschluss (Enthftungserklärung) bei der Vertrauenshaftung, welches das Entstehen der Haftungsgrundlage betrifft, vgl. EMMENEGGER, [ZBJV 2005, 537](#).

VII. Absichtliche Schädigung wider die guten Sitten ([OR 41 Abs. 2](#))

- 95 Sittenwidrigkeit gem. [OR 41 Abs. 2](#) bezeichnet ein **ethisch vorwerfbares Verhalten** (HaftpflichtKomm-FISCHER [OR 41](#) N 180). Abs. 2 findet nur dort selbstständige Anwendung, wo eine Widerrechtlichkeit, insb. ein Verstoß gegen [ZGB 2](#), nicht gegeben ist, was selten vorkommen wird. Insbesondere kann die Ausführung von Verträgen, denen kein Mangel i.S.v. [OR 18 ff.](#) anhaftet, nicht sittenwidrig sein ([BGE 100 II 200 E. 17.b](#) [Auszahlung von Vermögen des «*front de libération nationale FLN*» an den Hinterleger statt an den requirierenden algerischen Staat]; vgl. auch [BGE 96 II 145 E. 5](#) [Bank rät der am Konto berechtigten Konkubine, das für sie bestimmte Vermögen vor der Witwe in Sicherheit zu bringen]). Aufgrund eines zwar unter ethischen Gesichtspunkten verwerflichen, aber nicht strafbaren Verhaltens kann einem Freigesprochenen der Ersatz für Strafprozesskosten nicht auferlegt werden ([BGE 116 Ia 162 E. 2.b](#)).



- 96 Sittenwidrigkeit ist auch bei einem extremen Verstoss gegen Treu und Glauben als Haftungsgrundlage zu berücksichtigen, wenn nicht – mit einem Teil der Lehre – die Verletzung von Treu und Glauben selbst als Widerrechtlichkeit i.S.v. [OR 41 Abs. 1](#) angesehen wird (vgl. N 37 ff.). Bei Verstössen gegen [ZGB 2](#) verneint das BGer zwar die Widerrechtlichkeitsthese, anerkennt aber im Rahmen von Sonderverbindungen (spezielles Vertrauens- und Treueverhältnis) eine Schadenersatzpflicht wegen Verstosses gegen die guten Sitten ([BGE 121 III 350 E. 6](#)).
- 97 Zum Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2 und zu den Tatbeständen von [OR 41 Abs. 2](#) vgl. BIERI, [AJP 2008, 549](#).